

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/111126>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

ALLE OMSTANDIGHEDEN VAN HET GEVAL

Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de
redelijkheid en billijkheid beïnvloeden

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

onder redactie van

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann

Prof. mr. N.E.D. Faber

deel 77

ALLE OMSTANDIGHEDEN VAN HET GEVAL

EEN ONDERZOEK NAAR DE OMSTANDIGHEDEN DIE DE
WERKING VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID
BEÏNVLOEDEN

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS
PROF. MR. S.C.J.J. KORTMANN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP DINSDAG
18 JUNI 2013 OM 18.00 UUR PRECIES

DOOR

PIETER THEO JOZEF WOLTERS

GEBOREN OP 10 AUGUSTUS 1987
TE HELMOND

KLUWER – DEVENTER – 2013

Promotoren: Prof. mr. C.J.H. Jansen en Prof. mr. A.S. Hartkamp

Manuscriptcommissie:

Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis (Universiteit Leiden)

Prof. mr. C.H. Sieburgh

Prof. mr. R.P.J.L. Tjittes (Vrije Universiteit Amsterdam)

ISBN 978 90 13 11644 1

ISBN 978 90 13 11646 5 (E-book)

Cremers visuele communicatie, grafisch ontwerp

© 2013, P.T.J. Wolters, Nijmegen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing.

WOORD VOORAF

De redelijkheid en billijkheid spelen een grote rol in het Nederlandse privaatrecht. Zij beïnvloeden de privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen door aanvulling, beperking en uitleg. De redelijkheid en billijkheid zijn een zogenaamde “open norm”. Hun werking is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. De precieze invloed van de verschillende relevante omstandigheden is echter niet altijd duidelijk.

De onderhavige studie is gericht op het creëren van duidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid in het privaatrecht. Aan de hand van wet, rechtspraak en (buitenlandse) literatuur geeft zij een systematisch overzicht van de omstandigheden die deze werking beïnvloeden. De studie brengt de grote hoeveelheid mogelijk relevante omstandigheden terug tot een overzichtelijk aantal relevante factoren. Die factoren zijn ingedeeld in zes hoofdcategorieën of benaderingswijzen. Het proefschrift laat zien hoe de verschillende omstandigheden zich tot elkaar verhouden. Bovendien maakt het duidelijk dat het mogelijk is een omstandigheid op meer manieren te benaderen.

Het systematische overzicht van de omstandigheden leidt tot aanbevelingen aan de wetgever en de rechter en geeft aanzetten tot voortgezet wetenschappelijk onderzoek. Het proefschrift maakt duidelijk dat het mogelijk is om de invloed van de omstandigheden op de werking van de redelijkheid en billijkheid op een duidelijker manier te ordenen dan tot nu toe in de literatuur gebruikelijk is geweest en geeft de rechter handvatten zijn beslissing adequater te motiveren. Het boek levert op deze manier niet alleen een waardevolle bijdrage aan de rechtswetenschap, maar fungeert daarnaast ook als een nuttig naslagwerk voor iedere jurist die in de praktijk zich geconfronteerd weet met de mogelijke werking van de redelijkheid en billijkheid.

Met veel genoegen nemen wij dit proefschrift in de serie op.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, maart 2013

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING EN VRAAGSTELLING	1
De subvragen. Een systematische behandeling van de verschillende omstandigheden van het geval	4
Subvraag A. De invloed van de omstandigheden van het geval op verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid	4
Subvraag B. De invloed van de omstandigheden van het geval buiten het kader van de redelijkheid en billijkheid	5
Subvraag C. De invloed van de omstandigheden van het geval in het buitenlandse recht	6
Subvraag D. Duidelijkheid over de omstandigheden van het geval	7
Een taalkundige opmerking	8
HOOFDSTUK 1 ALGEMENE OPMERKINGEN	9
1.1 Inleiding	9
1.2 Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse privaatrecht	9
1.2.1 De artt. 6:2, 216 en 248 BW	10
1.2.2 Andere verhoudingen	11
1.2.3 Wettelijke preciseringen	12
1.2.4 Wettelijke kristallisaties	14
1.2.5 Kristallisaties. Een begrenzing	15
1.2.6 Algemeen van toepassing	17
1.2.7 De verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en andere vormen van ongeschreven recht	18
1.3 De functies van de redelijkheid en billijkheid	21
1.3.1 De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid	21
1.3.2 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	22

1.3.3	Uitleg	24
1.3.3.1	De uitleg van een rechtshandeling	24
1.3.3.2	De uitleg van een overeenkomst	25
1.3.4	Relativering van het onderscheid tussen de functies	26
1.4	Algemene opmerkingen over de omstandigheden van het geval	29
1.4.1	Het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden	30
1.4.1.1	Aan de hand van rechtsbeginselen	30
1.4.1.2	Aan de hand van topoi	34
1.4.1.3	Direct aan de hand van de redelijkheid en billijkheid	35
1.4.1.4	De rol van de wet, de literatuur en de jurisprudentie	37
1.4.2	Factoren, geen regels	38
1.5	Zes hoofdcategorieën omstandigheden van het geval	40
1.5.1	De zes hoofdcategorieën	40
1.5.2	Relativering van het onderscheid	41
1.5.3	Het belang van het onderscheid	42
1.5.4	De geprefereerde hoofdcategorie	44
1.6	Een stappenplan	45
1.7	Plan van aanpak	55
	HOOFDSTUK 2 NORMEN	59
2.1	Inleiding	59
2.2	Moraal	61
2.3	Algemeen gedeelde opvattingen	64
2.3.1	In Nederland levende rechtsovertuigingen	65
2.3.2	Verkeersopvattingen	70
2.3.3	Gewoonten	75
2.4	Gezaghebbende oordelen	77
2.5	Rechtsnormen	81
2.5.1	Rechtsbeginselen	89
2.5.2	Grondrechten	94
2.5.3	Internationaal, Europees en buitenlands recht	96
2.6	Conclusie	100
	HOOFDSTUK 3 GEDRAGINGEN EN GEBEURTENISSEN	105
3.1	Inleiding	105
3.2	Gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking	105
3.2.1	Verwijtbare gedragingen	111

3.2.2	Eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag	115
3.2.3	Gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden	121
3.2.4	Verrijkende gedragingen	124
3.3	Gedragingen van derden	127
3.4	Gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden	133
3.5	Conclusie	137
HOOFDSTUK 4 KENMERKEN VAN DE PARTIJEN BIJ EEN RECHTSBETREKKING		141
4.1	Inleiding	141
4.2	Maatschappelijke positie of professionaliteit	143
4.3	Overheid	154
4.4	Deskundigheid	158
4.5	Kennis van een concreet feit	162
4.6	Vertrouwen	166
4.7	Mogelijkheden tot belangenbehartiging	171
4.8	Financiële positie	176
4.9	Beperking	180
4.10	Afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser	183
4.11	Conclusie	187
HOOFDSTUK 5 DE VERHOUDING TUSSEN DE PARTIJEN BIJ EEN RECHTSBETREKKING		191
5.1	Inleiding	191
5.2	Feitelijke verhoudingen	191
5.2.1	Afhankelijkheid	192
5.2.2	Vertrouwensrelatie	195
5.2.3	Samenwerking	199
5.3	Rechtsbetrekkingen	204
5.3.1	Totstandkoming van de rechtsbetrekking	205
5.3.2	Kenmerken van de rechtsbetrekking	210
5.3.3	Kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking	220
5.4	Conclusie	226
HOOFDSTUK 6 BELANGEN		229
6.1	Inleiding	229
6.2	Belangen van de partijen bij een rechtsbetrekking	229
6.2.1	Omvang belang	230

6.2.2	Soort belang	236
6.2.3	Alternatief	239
6.2.4	Kenbaarheid	243
6.3	Belangen van derden	245
6.4	Algemene belangen	249
6.4.1	Twee vormen van rechtszekerheid	252
6.4.1.1	Rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid	253
6.4.1.2	Rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming	257
6.4.2	Publiekrechtelijke belangen	259
6.4.3	Gedragsprikkel	261
6.4.4	Handelsverkeer	264
6.5	Conclusie	266
HOOFDSTUK 7 EVENWICHT		271
7.1	Inleiding	271
7.2	Evenwicht tussen de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking	272
7.2.1	Verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit	272
7.2.2	Verschil in deskundigheid	274
7.2.3	Verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging	276
7.2.4	Verschil in financiële positie	278
7.3	Evenwicht tussen de betrokken belangen	279
7.3.1	Verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking	280
7.3.2	Verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking	286
7.3.3	Evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen	288
7.4	Evenwicht tussen een gedraging en een belang	293
7.4.1	Proportionaliteit	293
7.4.2	Subsidiariteit	296
7.5	Conclusie	300
HOOFDSTUK 8 CONCLUSIE		305
8.1	Inleiding	305
8.2	Beantwoording van de subvragen	308
8.2.1	Beantwoording van subvraag A	308
8.2.2	Beantwoording van subvraag B	309

8.2.3	Beantwoording van subvraag C	310
8.2.4	Beantwoording van subvraag D	311
8.3	Beantwoording van de hoofdvraag. Verbinding van de afzonderlijke hoofdstukken	313
8.3.1	De omstandigheden van het geval creëren kaders	313
8.3.2	De omstandigheden van het geval beïnvloeden de strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid	315
8.3.3	De invloed van de omstandigheden van het geval is afhankelijk van 'het hele plaatje'	317
8.3.4	De regels en overtuigingen van een bepaalde groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid	319
8.3.5	De invloed van een factor is afhankelijk van de mate waarin een omstandigheid aanwezig is	320
8.3.6	Een beroep op een factor die iedere werking van de redelijkheid en billijkheid kan verklaren, verdient niet de voorkeur	322
8.3.7	De werking van de redelijkheid en billijkheid is vooral afhankelijk van omstandigheden waarop de partijen bij de rechtsbetrekking invloed kunnen uitoefenen	324
8.3.8	De in de wet, de literatuur en de jurisprudentie genoemde omstandigheden geven niet alle mogelijke relevante omstandigheden weer	327
8.4	Aanbevelingen	332
8.4.1	Aanbevelingen aan de wetgever	332
8.4.1.1	Art. 3:12 BW	333
8.4.1.2	Art. 6:248 BW	334
8.4.1.3	Duidelijke en directe factoren bij de verbijzonderingen van de redelijkheid en billijkheid	335
8.4.2	Aanbevelingen aan de rechter	338
8.4.2.1	Motiveer een uitspraak met een beroep op duidelijke en directe factoren	338
8.4.2.2	Spoor lagere rechters aan tot een motivering met een beroep op duidelijke en directe factoren	339
8.4.3	Aanbevelingen aan de praktijkjurist	341
8.5	Mogelijkheden voor nader onderzoek	343
8.6	Conclusie	345

SUMMARY	347
Literatuurlijst	351
Jurisprudentieregister	383
Trefwoordenregister	397
Curriculum vitae	407

INLEIDING EN VRAAGSTELLING

Waar hangt de werking van de redelijkheid en billijkheid vanaf? Het antwoord op deze vraag is eenvoudig te geven: de werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.¹ Maar welke omstandigheden zijn dit? Welke omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid en welke niet? Deze vragen blijken moeilijker te beantwoorden.²

Dit betekent niet dat hier niets over bekend is. De wet, de rechtspraak en de literatuur bieden verschillende aanknopingspunten. Zo bepaalt art. 3:12 BW dat bij de vaststelling van de eisen van de redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, in Nederland levende rechtsovertuigingen en maatschappelijke en persoonlijke belangen. Ook de rechtspraak biedt aanknopingspunten. De Hoge Raad noemt in sommige arresten omstandigheden die in het kader van een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid relevant zijn. Het arrest *De Treek/Dexia* laat bijvoorbeeld zien dat de omvang van de zorgplicht van een professionele dienstverlener onder andere afhankelijk is van de deskundigheid van zijn wederpartij.³ Verschillende auteurs beschrijven ten slotte specifieke werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Zij bespreken dikwijls onder welke omstandigheden deze werking aan de orde is. Valk behandelt in zijn proefschrift bijvoorbeeld het leerstuk van rechtsverwerking. Hij besteedt hierbij aandacht aan de invloed van drie omstandigheden: opgewekt vertrouwen, benadeling en tijdsverloop.⁴ Het proefschrift van Rijken biedt een ander voorbeeld. Hij analyseert de omstandigheden die de eventuele beperking van een beroep op een exonerationbeding beïnvloeden.⁵

De hierboven beschreven rechtspraak en literatuur bieden aanknopingspunten. Zij scheppen duidelijkheid over de invloed van bepaalde omstandigheden *op specifieke werkingen* van de redelijkheid en billijkheid.

1 § 1.4.1.

2 Vergelijk bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1033 (V.V. II), Houwing 1947, p. 8-9, Van der Grinten 1949, p. 436, Kisch 1955, p. 148, Stein 1969, p. 317 en Fesevur 2000, p. 24.

3 HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 (*De Treek/Dexia*) en § 4.4.

4 Valk 1993 en § 3.2.2.

5 Rijken 1983, p. 133-206.

Zij verduidelijken echter niet of deze omstandigheden ook invloed uitoefenen op andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Het proefschrift van Rijken laat bijvoorbeeld niet zien of de door hem geanalyseerde omstandigheden ook invloed uitoefenen op de omvang van een zorgplicht. Het arrest *De Treek/Dexia* maakt dan weer niet duidelijk of de deskundigheid van (één van) de partijen ook invloed kan uitoefenen op de eventuele beperking van een beroep op een exoneratiebeding. Deze werkwijze past bij het karakter van de rechtspraak. De uitspraken van rechters zien immers in de eerste plaats op de werking van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval. Algemene opmerkingen zijn mogelijk, overwegingen over vraagstukken die geen rol spelen in het onderhavige geval liggen echter niet voor de hand.

Rechtsgeleerde literatuur kan ook een andere benadering volgen. Dit onderzoek legt de nadruk niet op een specifieke werking van de redelijkheid en billijkheid of een specifiek leerstuk. Het stelt de omstandigheden centraal. Een bepaalde omstandigheid kan het recht op verschillende manieren beïnvloeden. Dit geldt eveneens binnen het kader van de redelijkheid en billijkheid. De behandelde omstandigheid kan een relevante factor zijn bij verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Deze benadering is ook aan te treffen in een aantal bestaande studies. Tjittes behandelt in zijn proefschrift bijvoorbeeld verschillende relevante kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking.⁶ Daarnaast besteedt Rutten aandacht aan de invloed van islamitische rechtsovertuigingen.⁷ Niet alle omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, zijn echter in de bestaande literatuur op deze manier onderzocht.⁸ De afzonderlijke studies sluiten daarnaast niet goed op elkaar aan. Zij besteden onder meer nauwelijks aandacht aan de begrenzing en vergelijking van de verschillende omstandigheden. De literatuur vertoont om deze redenen een leemte.

De redelijkheid en billijkheid is een open of vage norm.⁹ Open normen hebben voordelen. Zij verbinden gevolgen aan de omstandigheden van het geval. Hierdoor is een rechtvaardige oplossing mogelijk in een concrete, atypische situatie. Open normen bieden daarbij, binnen de ruimte die de norm geeft, mogelijkheden tot rechtsontwikkeling.¹⁰

6 Tjittes 1994 en hoofdstuk 4.

7 Rutten 2003 en § 2.2.

8 Ook niet op het hierna te bespreken niveau van de abstractere 'factoren'.

9 Hartkamp 1981, p. 215, Barendrecht 1992, p. 3, Smith 2007, p. 41-42 en Memelink 2009, p. 35-36. Zie in rechtsvergelijkende context Hesselink 1999, p. 37.

10 Zie uitgebreider Barendrecht 1992, p. 6-8 en Memelink 2009, p. 48-56.

Open normen hebben ook nadelen.¹¹ Eén van deze nadelen is de aantasting van de rechtszekerheid. De deelnemers aan het maatschappelijk leven hebben belang bij duidelijkheid over hun rechten en plichten.¹² Zij hebben bijvoorbeeld baat bij zekerheid over de rechten en plichten die voortvloeien uit de door hen gesloten overeenkomsten. Deze zekerheid ontstaat niet als achteraf kan blijken dat de rechten en plichten afhankelijk zijn van omstandigheden waarvan de invloed op het moment van het sluiten van de overeenkomst niet duidelijk was. De onzekerheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid maakt de inhoud van het recht en de rechterlijke uitspraken minder voorspelbaar. Dit kan er volgens Stein zelfs toe leiden dat de deelnemers aan het rechtsverkeer economisch nuttige activiteiten achterwege laten.¹³ De onzekerheid maakt het bovendien minder goed mogelijk om een goede inschatting te maken van de slagingskansen van een gerechtelijke procedure. Dit kan leiden tot meer en langere processen.¹⁴ De aantasting van de rechtszekerheid is een belangrijk nadeel van open normen. Verschillende auteurs roepen dan ook op tot het verduidelijken of verscherpen van de werking van de redelijkheid en billijkheid en andere open normen.¹⁵

Het achterliggende doel van dit onderzoek is het vergroten van de rechtszekerheid. Ik wil dit doen door duidelijkheid te creëren over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Hierbij beantwoord ik de volgende hoofdvraag: *welke omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid?*

Een beschrijving van alle relevante omstandigheden van het geval is ondoenlijk. Een onbeperkt aantal mogelijke concrete gevallen leidt immers tot een onbeperkt aantal mogelijke relevante omstandigheden. Daarom bespreek ik de omstandigheden op een algemener niveau. Ik breng het onbeperkte aantal concrete omstandigheden terug tot een beperkt aantal abstractere ‘factoren’.¹⁶ Iedere *concrete* omstandigheid valt onder een dergelijke *abstracte* factor.

11 Zie uitgebreider Barendrecht 1992, p. 66-77, Wiarda/Koopmans 1999, p. 77-82 en Memelink 2009, p. 57-77.

12 Vergelijk de noten 13 en 14. Deze duidelijkheid is vooral in het belang van de zwakkere partij. Zie Stein 1969, p. 315-316, Pels Rijcken 1979, p. 313, Drion 1981, p. 1, Brunner 1988, p. 460 en Mendel 2000, p. 140.

13 Stein 1969, p. 315-316. Vergelijk ook Mendel 2000, p. 140.

14 Houwing 1947, p. 13-15, Stein 1969, p. 314-315, Pels Rijcken 1979, p. 312, Drion 1981, p. 1-3, Brunner 1988, p. 460 en Ponsioen 2011, p. 366.

15 Vergelijk bijvoorbeeld Rijken 1983, p. 208-209, Barendrecht 1992, p. 12-13, 75-76 en 155-158, Hesselink 1999, p. 417, Van den Brink 2002, p. 62, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 29-30 en 95, Van Rossum 2011a, p. 40 en Van den Brink 2012a, p. 2. Zie ook § 6.4.1.1.

16 Zie over het begrip ‘factor’ ook § 1.4.2.

De subvragen. Een systematische behandeling van de verschillende omstandigheden van het geval

Ik beantwoord, naast de hoofdvraag, verschillende hieronder te formuleren subvragen. Voor de beantwoording van deze vragen behandel ik de verschillende relevante omstandigheden op een systematische wijze.¹⁷ Deze studie vergelijkt de verschillende omstandigheden met elkaar. Zij laat daarnaast zien dat de invloed van de verschillende omstandigheden niet beperkt is tot (een bepaalde werking van) de redelijkheid en billijkheid of tot het Nederlandse recht.

Dit onderzoek geeft een systematisch overzicht van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Het doel van dit overzicht, en van de subvragen, is het creëren van verdere duidelijkheid over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Het overzicht heeft daarnaast twee specifiekere functies. Het stelt de rechter in staat om zijn uitspraken over de werking van de redelijkheid en billijkheid duidelijker te motiveren.¹⁸ Het dient daarnaast als een start- en referentiepunt voor nader onderzoek over de werking van de redelijkheid en billijkheid en de omstandigheden die deze werking beïnvloeden.

Subvraag A. De invloed van de omstandigheden van het geval op verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid speelt een grote rol in het Nederlandse vermogensrecht. Deze rol blijkt niet alleen uit ‘algemene’ artikelen zoals de artt. 6:2 en 248 BW. Hij blijkt ook uit wettelijke ‘verbijzonderingen’.¹⁹ De redelijkheid en billijkheid kan een rechtsbetrekking op verschillende manieren beïnvloeden en tot verschillende rechtsgevolgen leiden. Zij beïnvloedt zowel de uitleg van een rechtshandeling als de aanvulling en beperking van een rechtsbetrekking.²⁰ De vraag rijst of de rol van de redelijkheid en billijkheid bij deze verschillende ‘werkingen’ afhankelijk is van dezelfde omstandigheden. Als de redelijkheid en billijkheid een uniform begrip is, en dus niet slechts een verzamelnaam voor verschillende open normen, dan kunnen de omstandigheden die gewicht in de schaal leggen voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en

17 Zie ook § 1.7.

18 Zie onder subvraag D en de §§ 6.4.1.1 en 8.4.2.

19 Zie § 1.2.

20 Zie voor voorbeelden de §§ 1.3.1, 1.3.2 en 1.3.3.

billijkheid ook van belang zijn bij andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid.²¹ Ik geef een voorbeeld. De ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ is één van de relevante factoren die invloed uitoefent op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factor beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren. Hij beïnvloedt bijvoorbeeld zowel de uitleg van een overeenkomst als de omvang van een op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde zorgplicht.²²

Ik onderzoek in deze studie of de relevante omstandigheden een rol kunnen spelen bij verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Ik beantwoord de volgende subvraag: *spelen de omstandigheden die van belang zijn voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid ook een rol bij andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid?* Hierbij ga ik uit van de volgende hypothese: *iedere factor speelt een rol bij ten minste twee afzonderlijke werkingen van de redelijkheid en billijkheid.*

Subvraag B. De invloed van de omstandigheden van het geval buiten het kader van de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid verbindt rechtsgevolgen aan bepaalde omstandigheden. Zij is echter slechts één onderdeel van het Nederlandse recht. Het Nederlandse recht bestaat ook uit andere vormen van ongeschreven recht, de wet en verdragen. Eén van de doelen van deze rechtsregels is het creëren van rechtvaardigheid.²³ De vraag rijst of ook de andere delen van het recht rechtsgevolgen verbinden aan de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Als het rechtvaardig is dat een bepaalde omstandigheid invloed heeft op de werking van de redelijkheid en billijkheid, dan ligt het voor de hand dat het ook rechtvaardig is dat deze omstandigheid een rol speelt in de andere delen van het recht. De ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ beïnvloedt bijvoorbeeld niet alleen de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de wet verbindt gevolgen aan de professionaliteit van een partij bij de rechtsbetrekking. Art. 7:2 lid 1 BW eist bijvoorbeeld dat een koop van een woning schriftelijk wordt aangegaan als de koper een particulier is.²⁴

21 Vergelijk over Duits recht Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 403 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 125. Zie daarnaast Hesselink 1999, p. 429-430. Hesselink stelt dat er *geen* interne cohesie bestaat tussen de verschillende ‘redelijkheid-en-billijkheid-regels’. De in deze noot genoemde bronnen zien niet specifiek op de rol van de omstandigheden van het geval.

22 § 4.2.

23 Zie bijvoorbeeld Smith 2007, p. 22, DCFR 2010, p. 53 en Verheugt 2011, p. 3.

24 Zie § 4.2 voor andere voorbeelden.

Ik onderzoek of de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol spelen in de andere delen van het recht. Ik beantwoord de volgende subvraag: *spelen de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol op andere plaatsen in het recht?* Hierbij ga ik uit van de volgende hypothese: *iedere factor speelt ook een rol op een andere plaats in het Nederlandse recht.*

Subvraag C. De invloed van de omstandigheden van het geval in het buitenlandse recht

De beantwoording van subvraag B eist een vergelijking van de redelijkheid en billijkheid met de andere delen van het recht. De relevante omstandigheden kunnen ook een rol spelen buiten het kader van de redelijkheid en billijkheid. De vraag rijst of hetzelfde geldt buiten het kader van het Nederlandse recht. Het recht van de ons omringende landen heeft vergelijkbare doelen. Ook zullen de ideeën over rechtvaardigheid voor een groot gedeelte overeenkomen. Dit betekent dat dezelfde omstandigheden een rol kunnen spelen in andere rechtsstelsels. Als de ideeën over rechtvaardigheid in de verschillende Europese landen te vergelijken zijn, dan ligt het voor de hand dat deze ideeën hun weerslag vinden in het Europese recht. De omstandigheden kunnen daarom eveneens een rol spelen in het recht van de Europese Unie. De ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ beïnvloedt bijvoorbeeld niet alleen de werking van de Nederlandse redelijkheid en billijkheid. Hij beïnvloedt ook de werking van verschillende buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid.²⁵

Ik onderzoek of de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol spelen in andere rechtsstelsels. Ik besteed aandacht aan het recht van de ons omringende landen, maar ook aan het recht van de Europese Unie en het ‘Europese privaatrecht’ zoals dit is weergegeven in projecten als de *Principles of European Contract Law* en het *Draft Common Frame of Reference*. Daarnaast besteed ik aandacht aan de *UNIDROIT Principles*. Ik beantwoord de volgende subvraag: *spelen de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol in niet-Nederlandse rechtsstelsels?* Hierbij ga ik uit van de volgende hypothese: *iedere factor speelt ook een rol in een niet-Nederlands rechtsstelsel.*

De subvragen B en C eisen een vergelijking van de redelijkheid en billijkheid met andere onderdelen van het recht en andere rechtsstelsels. Deze studie blijft echter in de eerste plaats een onderzoek naar het

25 § 4.2.

Nederlandse leerstuk van de redelijkheid en billijkheid. Het onderzoek gaat uit van de omstandigheden die invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het vergelijkt *alleen deze* omstandigheden met andere onderdelen van het recht en andere rechtsstelsels.

Subvraag D. Duidelijkheid over de omstandigheden van het geval

De redelijkheid en billijkheid kan de rechtszekerheid aantasten. Eén van de oorzaken hiervoor is de vaak gebrekkige motivering van een oordeel over de werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁶ De motivering is vaak beperkt tot een ‘factorencatalogus’: een niet-limitatieve opsomming van verschillende omstandigheden die tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen leiden.²⁷ De precieze invloed van de omstandigheden in het concrete geval is vaak niet duidelijk. Onduidelijkheid over de invloed van de verschillende omstandigheden van het geval leidt tot onduidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De invloed van een relevante omstandigheid is bovendien op verschillende manieren te benaderen. Niet iedere benaderingswijze is echter even duidelijk. Een professionele partij kan bijvoorbeeld een overeenkomst sluiten met een particulier. De relevantie van deze omstandigheid is zowel te verklaren met een beroep op het rechtsbeginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid als met een beroep op het verschil in de professionaliteit. Uit § 2.5.1 blijkt echter dat een beroep op het rechtsbeginsel niet de voorkeur verdient.²⁸

Ik onderzoek of de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden op een duidelijkere manier gehanteerd kunnen worden. Ik beantwoord de volgende subvraag: *kan een scherper onderscheid tussen de omstandigheden van het geval onduidelijkheid wegnemen?* Hierbij ga ik uit van de volgende hypothese: *de relevantie van iedere omstandigheid kan door verschillende factoren worden verklaard, een scherp onderscheid tussen deze factoren verduidelijkt de rol van de omstandigheden van het geval.*

26 § 6.4.1.1.

27 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpes*) en HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*). Zie § 1.4.2 over het begrip ‘factorencatalogus’.

28 Zie daarnaast de §§ 1.5.2, 1.5.4 en 7.2.1.

Een taalkundige opmerking

Een enkele taalkundige opmerking. In dit onderzoek beschrijf ik de invloed van de omstandigheden van het geval op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit § 1.4.2 blijkt dat de omstandigheden werken als factoren. Zij *wijzen* in een bepaalde richting. Zij *pleiten* voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid of *leggen gewicht in de schaal* tegen deze werking. Ik ben mij ervan bewust dat deze activiteiten meestal zijn voorbehouden aan mensen. Toch kies ik voor deze formuleringen. Alternatieve formuleringen zijn onnodig lang, minder duidelijk, onprecies en/of passief. Ik maak daarom om taalkundige redenen een keuze voor gepersonifieerde omstandigheden en factoren.

HOOFDSTUK 1

ALGEMENE OPMERKINGEN

1.1 Inleiding

Ik behandel in de volgende hoofdstukken de verschillende omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Voor ik aan deze behandeling toekom, is het echter van belang om enkele algemene opmerkingen te maken over de redelijkheid en billijkheid. Deze opmerkingen zijn van belang, nu zij de uitgangspunten vormen voor de rest van het onderzoek. Ik beschrijf allereerst het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse privaatrecht (§ 1.2). Hierna volgt een behandeling van de functies van de redelijkheid en billijkheid (§ 1.3). Ik beschrijf vervolgens het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden en de manier waarop de omstandigheden van het geval de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden (§ 1.4). Hierna volgt een behandeling van de zes hoofdcategorieën omstandigheden van het geval (§ 1.5). De werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden bepaald door de verschillende relevante omstandigheden tegen elkaar af te wegen. Ik beschrijf dit proces aan de hand van een stappenplan (§ 1.6). Ik eindig met een beschrijving van het plan van aanpak voor de rest van het onderzoek (§ 1.7).

1.2 Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse privaatrecht

Deze paragraaf geeft een beschrijving van het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid. Deze beschrijving is van belang voor de beantwoording van subvraag A (de invloed van een factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid).¹ Zij maakt het mogelijk om een werking van de redelijkheid en billijkheid als zodanig te identificeren.

1 Zie de ‘inleiding en vraagstelling’, onder subvraag A.

De redelijkheid en billijkheid speelt een grote rol in het Nederlandse privaatrecht. Ik begin met de behandeling van de artt. 6:2, 216 en 248 BW (§ 1.2.1). Vervolgens beschrijf ik op welke andere rechtsbetrekkingen de redelijkheid en billijkheid van toepassing is (§ 1.2.2). Daarna volgt een behandeling van de wettelijke ‘verbijzonderingen’ van de redelijkheid en billijkheid (de §§ 1.2.3, 1.2.4 en 1.2.5). De redelijkheid en billijkheid is van toepassing op alle vermogensrechtelijke verhoudingen. Zij kan daarnaast een rol spelen buiten het vermogensrecht voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (§ 1.2.6). Ten slotte behandel ik de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en andere vormen van ongeschreven recht (§ 1.2.7).

1.2.1 De artt. 6:2, 216 en 248 BW

De rol van de redelijkheid en billijkheid blijkt allereerst uit de artt. 6:2 en 248 BW. De redelijkheid en billijkheid kan op grond van art. 6:248 BW de rechtsgevolgen van een overeenkomst aanvullen en beperken. Art. 6:2 BW is breder van opzet. Het verklaart de redelijkheid en billijkheid van toepassing op iedere rechtsbetrekking tussen een schuldeiser en een schuldenaar. Zij is dus ook van toepassing op de verbintenissen uit een overeenkomst.² De verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 BW lijkt hierdoor overbodig. Voor deze herhaling bestaan verschillende verklaringen.

Allereerst heeft art. 6:248 BW verduidelijkende kracht. Het artikel verduidelijkt dat de werking van de redelijkheid en billijkheid niet alleen afhankelijk is van de inhoud van een individuele verbintenis, zij is ook afhankelijk van de gehele rechtsbetrekking. Het maakt daarnaast duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid ook geheel nieuwe verplichtingen in het leven kan roepen. Ten slotte stelt het artikel buiten twijfel dat de redelijkheid en billijkheid ook overeenkomsten beheerst die geen verbintenissen in het leven roepen.³

Het artikel is echter vooral relevant om zijn plaats binnen de gelaagde structuur van de wet. Art. 6:216 BW verklaart de eerste vier afdelingen van titel 5, en dus ook art. 6:248 BW, van toepassing op alle meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Het breidt hiermee het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid uit.⁴

2 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 921 (T.M.) en Hartkamp 2010a, p. 36.

3 Deze verklaringen zijn allen ontleend aan *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 921 (T.M.) en 924 (M.v.A. II), Rijken 1994, p. 11-12, Hartkamp 2005, p. 382-383 en Hijma & Olthof 2011, p. 341.

4 Zie voor voorbeelden Rijken 1994, p. 12-13, Hartkamp 2005, p. 230-231 en Hijma & Olthof 2011, p. 311.

1.2.2 Andere verhoudingen

De rol van de redelijkheid en billijkheid is niet beperkt tot overeenkomsten, andere meerszijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen en verbintenissen. Verschillende schakelbepalingen verruimen het bereik van art. 6:2 BW. Art. 3:166 lid 3 verklaart art. 6:2 BW bijvoorbeeld van overeenkomstige toepassing op de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten van een gemeenschap.⁵ Andere artikelen verwijzen zelfstandig naar de eisen of maatstaven van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Art. 2:8 BW verklaart de redelijkheid en billijkheid van toepassing in het rechtspersonenrecht. Art. 5:97 lid 1 BW geeft de redelijkheid en billijkheid een plaats in de rechtsbetrekking tussen de eigenaar en de erfpachter, een verhouding die is gebaseerd op een zakelijk recht.⁶ De wet geeft de redelijkheid en billijkheid daarnaast een rol in het huwelijksvermogensrecht⁷ en het erfrecht.⁸

Voor de invoering van het NBW verklaarde de wet de redelijkheid en billijkheid slechts van toepassing op het overeenkomstenrecht. De jurisprudentie heeft haar werking uitgebreid.⁹ Het nieuwe Burgerlijk Wetboek geeft een wettelijke basis aan de uitbreiding van de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent niet dat nieuwe analoge toepassing uitgesloten is. De parlementaire geschiedenis waarschuwt zelfs expliciet voor dergelijke *a contrario*-redeneringen.¹⁰ De onderhandelende partijen moeten zich bijvoorbeeld tegenover elkaar gedragen in overeenstemming met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt deze verhouding al sinds het arrest *Baris/Riezenkamp* zonder wettelijke basis.¹¹

5 Zie ook de artt. 6:8 en 7:865 BW.

6 Art. 5:85 lid 1 BW. De redelijkheid en billijkheid is ook buiten dit specifieke artikel van toepassing op deze rechtsbetrekking. Zie HR 19 februari 1982, *NJ* 1982, 571 (*Stichting Doopsgezind Gasthuis/Van der Kleij*), HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag/s Gravenhage*), Struycken 2000, p. 92 en Bartels & Milo 2000, p. 4-5.

7 Art. 1:159 lid 3 BW.

8 Art. 4:123 lid 1 BW.

9 Hartkamp 1981, p. 229 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 398.

10 *Parl. Gesch. Boek 2*, p. 136-138 (M.O. en Handelingen II) en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 837 (T.M.). Zie ook Hartkamp 1981, p. 229, Rijken 1994, p. 17-18 en Fesevur 2000, p. 33. Rijken geeft een korte lijst van mogelijke analoge toepassingen.

11 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*). Zie ook HR 15 februari 1991, *NJ* 1991, 493 (*RVS/Van Scharenburg*), Schoordijk & Deelen 1984, p. 4, De Kluiver 1992, p. 31-33, Rijken 1994, p. 18 en 52, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 191-192 en Ruygvoorn 2012, p. 613.

1.2.3 Wettelijke preciseringen

Verschillende van de in de §§ 1.2.1 en 1.2.2 behandelde wettelijke bepalingen verklaren de redelijkheid en billijkheid in algemene termen van toepassing op een bepaalde rechtsbetrekking. Andere bepalingen verwijzen naar een specifieke werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij *preciseren* de algemene norm van de redelijkheid en billijkheid.¹² Een deel van de wettelijke bepalingen verwijst hierbij naar ‘de redelijkheid en billijkheid’.¹³ De wet kan echter ook verwijzen naar begrippen als ‘billijk’, ‘billijkheid’, ‘onredelijk’, ‘onredelijke’, ‘redelijkheid’ of ‘redelijkerwijze’.¹⁴ Ook deze termen verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid. Er bestaat geen juridisch verschil tussen de verschillende begrippen. Taalkundige overwegingen hebben de keuzes voor één van deze termen beïnvloed.¹⁵

De meeste verwijzingen of ‘preciseringen’ breiden het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid niet uit. De redelijkheid en billijkheid is op grond van de artt. 6:2, 216 en 248 BW van toepassing op iedere verbintenis, meerzijdige rechtshandeling en overeenkomst. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan bijvoorbeeld ook zonder art. 7:601 lid 2 BW een ‘redelijk loon’ toekennen aan de professionele bewaarnemer.

Dit betekent niet dat de preciseringen niet van belang zijn. De algemene werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt de rechtsgevolgen die voortvloeien *uit* een wettelijke bepaling. De preciseringen werken anders. Zij geven de redelijkheid en billijkheid een plaats *binnen* de bepaling waarin zij zijn opgenomen. Zij bepalen dat een specifieke vraag in het bijzonder door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst. De redelijkheid en billijkheid wordt de *maatstaf* die van toepassing is op een bepaalde vraag binnen de bepaling. De bijzondere invloed van de redelijkheid en billijkheid is beperkt tot deze specifieke vraag. De redelijkheid en billijkheid heeft geen bijzondere invloed op het overige gedeelte van de bepaling. Art. 6:101 lid 1 BW biedt een voorbeeld. Dit artikel geeft een wettelijke regeling voor de verdeling van de schade, de redelijkheid en

12 Zie ook Rijken 1994, p. 16.

13 Zie bijvoorbeeld de artt. 1:159 lid 3, 4:123 lid 1, 5:78 sub a en 97 lid 1 en 6:258 BW. Zie ook het overzicht in Snijders 2012, noot 9 op p. 772.

14 Zie Rijken 1994, p. 16-17 voor een uitgebreide opsomming. Deze opsomming is, zoals Rijken erkent, niet volledig. Ik noem als voorbeeld ‘een redelijk oordelend mens’ in art. 3:44 lid 2 BW.

15 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1036 (M.v.T. Inv.), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 66 (M.v.A. II) en 72 (Eindverslag I), Hartkamp 1981, p. 215 en 217, Rijken 1994, p. 16 en Snijders 2012, p. 775. Wel hebben de begrippen een andere ‘gevoelswaarde’. Vergelijk ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 397 en Bakker 2012, p. 9.

billijkheid oefent geen invloed uit op deze wettelijke verdeling. Het artikel bevat *daarnaast* een precisering van de redelijkheid en billijkheid. De schade wordt op een andere manier verdeeld als de *billijkheid* dit eist. Art. 3:35 BW biedt een ander voorbeeld. Het gerechtvaardigd vertrouwen beïnvloedt de uitleg van een rechtshandeling. De redelijkheid en billijkheid speelt een rol binnen deze bepaling. De vraag of het vertrouwen gerechtvaardigd is, dient te worden beantwoord aan de hand van de redelijkheid en billijkheid. De vertrouwende partij moet de betekenis *redelijkerwijze* hebben kunnen toekennen aan de verklaring of gedraging.

De preciseringen schrijven daarnaast een specifiek rechtsgevolg voor. De toepassing van art. 6:94 lid 1 BW leidt bijvoorbeeld tot de matiging van een contractuele boete. Toepassing van art. 6:233 sub a BW leidt tot de vernietigbaarheid van een beding in de algemene voorwaarden. De voorgeschreven werkingen maken de gevolgen van de redelijkheid en billijkheid beter voorspelbaar.¹⁶

De preciseringen kunnen de invloed van de ‘algemene’ werking van de redelijkheid en billijkheid beperken. Zij zien op specifieke problemen. Deze problemen lenen zich slechts in uitzonderlijke gevallen voor een toepassing van de artt. 6:2 en 248 BW. De werking van de redelijkheid en billijkheid komt in een dergelijk geval tot uitdrukking in de precisering.¹⁷ Dergelijke beperkingen hebben echter slechts een geringe omvang. Zij zijn beperkt tot de specifieke vraag en het specifieke gevolg van de precisering. De algemene werking van de redelijkheid en billijkheid kan tot andere rechtsgevolgen leiden.¹⁸ Een toepassing van art. 6:258 BW leidt bijvoorbeeld tot de ontbinding of wijziging van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden. Deze precisering sluit echter niet uit dat de algemene werking van de redelijkheid en billijkheid een opzeggingsbevoegdheid in het leven roept.¹⁹

¹⁶ Vergelijk Hartkamp 1981, p. 230-231 en § 2.5.

¹⁷ HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (*Holland-Amerika Lijn/Van Werkhoven*), HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (*Baijings/H*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 974 (M.v.A. II), 1596 (Nota II Inv.), 1621 (M.v.A. I Inv.) en 1827 (M.v.T. Inv.), *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 40 (M.v.T.), Peletier 1999, p. 97-100, Valk 1999a, p. 917 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 456-457.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (*Bramer/Hofman*), HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (*Amptill/Weggelaar*), HR 3 februari 2012, NJ 2012, 390 (*Fujitsu/Exel*), Hof Leeuwarden 8 januari 2013, LJN BY8106 (*X/Farmex*), Van den Brink 2012b, p. 25-26 en Hartkamp 2012, p. 53.

¹⁹ § 3.4.

1.2.4 Wettelijke kristallisaties

Verskillende regels of 'leerstukken' die oorspronkelijk werden gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid zijn gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek. Hartkamp spreekt in dit verband over 'kristallisaties'.²⁰ De wettelijke regels zijn niet langer *direct* afhankelijk van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid blijft echter van belang bij het bepalen van de rechtsgevolgen van deze kristallisaties.

Verskillende wettelijke kristallisaties verraden hun oorsprong. Zij bevatten een in § 1.2.3 behandelde precisering. Het leerstuk van conversie, gecodificeerd in art. 3:42 BW, is hiervan een voorbeeld.²¹ Conversie vindt niet plaats als dit "*onredelijk* zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt" (cursivering PTJW).

Andere kristallisaties bevatten een open norm. De precieze rechtsgevolgen van de norm zijn afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dwaling is een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid.²² Zij is gecodificeerd in art. 6:228 BW. De redelijkheid en billijkheid is hiermee niet buiten spel gezet. Zij oefent invloed uit op het antwoord op de vraag of er sprake is van dwaling. Een overeenkomst is op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW vernietigbaar indien de wederpartij de dwalende had *behoren* in te lichten. Wanneer is de wederpartij hiertoe gehouden? Dient de dwalende partij zelf onderzoek te verrichten? Uit § 1.2.2 blijkt dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing is op de precontractuele fase. Zij beïnvloedt dus ook de omvang van de onderzoeks- en mededelingsplichten bij dwaling.²³

Ik geef nog enkele voorbeelden. Het leerstuk van opschorting is gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.²⁴ Wanneer hebben twee verbintenissen voldoende samenhang om een opschorting te rechtvaardigen?²⁵ Wanneer rechtvaardigt een gedeeltelijke of niet behoorlijke nakoming een opschorting?²⁶ Ook het leerstuk van ontbinding is een

20 Hartkamp 1981, p. 230-231. Zie ook Rijken 1994, p. 16.

21 Conversie is een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 198-199 (M.v.A. II), Abas 1972, p. 300-303 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 651.

22 Van Oven 1932, Abas 1972, p. 312, Hartkamp 1981, p. 230, Van Rossum 1991, p. 30 en Hesselink 1999, p. 97. Vergelijk ook HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (*Van der Beek/Van Dartel*).

23 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*), Hesselink 1999, p. 90 en 258 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 191.

24 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68 (M.v.A. II) en 205 (T.M.), Hartkamp 1981, p. 230, Rijken 1994, p. 17, Hesselink 1999, p. 289-290 en 299 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 274.

25 Art. 6:52 lid 1 BW.

26 Art. 6:262 lid 2 BW.

kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid.²⁷ In welke gevallen verzet de bijzondere aard van de tekortkoming zich tegen ontbinding?²⁸ De matiging van een schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW is een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁹ Wanneer is er sprake van ‘kennelijk onaanvaardbare gevolgen’? Ook de artt. 7:401 en 611 BW zijn kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid.³⁰ Wanneer gedraagt iemand zich als een ‘goed opdrachtnemer’, ‘goed werknemer’ of ‘goed werkgever’? Het antwoord op deze vragen is afhankelijk van de redelijkheid en billijkheid, en dus van de omstandigheden van het geval.

Er bestaan ook kristallisaties die geen open norm bevatten. Hartkamp noemt de regeling van girale betaling een kristallisatie.³¹ Art. 6:114 BW bevat geen open norm. Dit betekent niet dat de redelijkheid en billijkheid geen enkele rol speelt. De redelijkheid en billijkheid is immers van toepassing op grond van art. 6:2 BW. Uit de redelijkheid en billijkheid kan bijvoorbeeld voortvloeien dat een schuldeiser geen girale betaling hoeft te accepteren.³²

1.2.5 Kristallisaties. Een begrenzing

De Parlementaire Geschiedenis stelt dat het gehele verbintenissenrecht is te beschouwen als een uitvloeisel van de ‘goede trouw’.³³ Is iedere regel van het verbintenissenrecht dan ook een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid? Dit onderzoek volgt deze benadering *niet*. Het Nederlandse recht is meer dan de redelijkheid en billijkheid.³⁴ Codificatie hecht het gezag van de wetgever aan de regel. De open, ongeschreven eis van de ‘goede trouw’ verandert in een meer gesloten wettelijke regel.

27 Hartkamp 1981, p. 230, Bakels 1993, p. 5 en 20, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 670 en 685 en Bakels 2011, p. 3.

28 Art. 6:265 lid 1 BW.

29 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 584, HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 (*Ahold/Nederland*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 422-423 (Handelingen II), Maeijer 1962, p. 94-95 en 207, Hartkamp 1981, p. 214, Maeijer 1991, p. 8, Hesselink 1999, p. 316, Van den Brink 2012b, p. 23 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 178.

30 Zie Brunner 1974, p. 786, Wessels 1994, p. 12 en Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*), nr. 93 over art. 7:401 BW en HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*), HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (*Parallel Entry/KLM*), Meijers 1924, p. 162, Van der Grinten 1966, p. 135, Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), nr. 55, Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011, p. 49 en Tjittes 2012, p. 98 over 7:611 BW.

31 Hartkamp 1981, p. 230.

32 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 461 (M.v.A. II).

33 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 423 (Handelingen II).

34 Zie ook § 1.2.7.

Toch vestigt deze benadering de aandacht op een probleem. Het onderscheid tussen een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid en een rechtsnorm die niet samenhangt met de redelijkheid en billijkheid, is niet altijd gemakkelijk te maken. Dit onderscheid is in het kader van dit onderzoek echter wel van belang. Het bepaalt immers of een voorbeeld van de invloed van een factor een rol speelt in het kader van de beantwoording van subvraag A (de invloed van een factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid) of in het kader van de beantwoording van subvraag B (de invloed van een factor op de andere delen van het recht).³⁵

Een toets van de hypothesen is niet mogelijk als een norm bij de behandeling van de invloed van de ene factor als een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid wordt beschouwd, terwijl zij bij een andere factor wordt behandeld als een norm die niet met de redelijkheid en billijkheid samenhangt. Een consistent onderscheid is vereist.

Ik trek de grens als volgt. Een voorbeeld van de invloed van een factor dient slechts ter beantwoording van subvraag A als er aan twee vereisten is voldaan. Er moeten allereerst aanwijzingen bestaan dat de toegepaste norm is te beschouwen als een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Deze aanwijzingen kunnen afkomstig zijn uit de rechtspraak, de parlementaire geschiedenis en de literatuur. Zij dienen te zien op de *Nederlandsrechtelijke* redelijkheid en billijkheid of, in de terminologie van het OBW, de objectieve goede trouw. Een voorbeeld van de invloed van een factor op de toepassing van een norm die verder afstaat van de redelijkheid en billijkheid dient niet ter beantwoording van subvraag A. Een dergelijke norm kan bijvoorbeeld bestaan uit een regel die gerelateerd is aan de Romeinsrechtelijke *bona fides* maar verder geen band heeft met de Nederlandsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. De invloed van een factor op het wilsgebrek van bedrog dient bijvoorbeeld niet ter beantwoording van subvraag A.³⁶ De toepassing van de norm moet daarnaast op een manier afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. De norm moet 'open' zijn. Ik heb hier in § 1.2.4 enkele voorbeelden van gegeven. Een voorbeeld van de invloed van een factor op de toepassing van een norm die niet aan deze vereisten voldoet, dient ter beantwoording van subvraag B.

Ter verduidelijking. Deze paragraaf ziet slechts op de grens tussen kristallisaties en normen die niet met de redelijkheid en billijkheid samenhangen. Andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid kunnen ook worden gebruikt om subvraag A te beantwoorden. Ik geef een voorbeeld.

³⁵ Zie de 'inleiding en vraagstelling' en § 1.7.

³⁶ Vergelijk Hartkamp 1981, p. 230 en Hesseling 1999, p. 97.

Hartkamp noemt, zoals besproken in § 1.2.4, de regeling van girale betaling een kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:114 BW heeft echter geen duidelijk open element. Een toepassing van het artikel kan daarom niet worden gebruikt bij de beantwoording van subvraag A. Een beperking van de mogelijkheid tot girale betaling op grond van art. 6:2 lid 2 BW kan echter *wel* worden gebruikt bij de beantwoording van subvraag A. Een toepassing van art. 6:2 BW kan altijd worden gebruikt voor de beantwoording van subvraag A. Het antwoord op de vraag of art. 6:114 BW een kristallisatie is, is hiervoor niet van belang.

1.2.6 Algemeen van toepassing

De redelijkheid en billijkheid beheerst iedere overeenkomst, iedere verbintenis en iedere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling.³⁷ Daarnaast verklaart de wet de redelijkheid en billijkheid van toepassing op verschillende andere rechtsbetrekkingen. De redelijkheid en billijkheid kan daarnaast andere rechtsbetrekkingen beïnvloeden door middel van analoge toepassing.³⁸ Ten slotte bevat het Burgerlijk Wetboek preciseringen en kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid is ook hier van toepassing.³⁹

Het toepassingsgebied van de redelijkheid en billijkheid is niet beperkt tot het overeenkomsten- en verbintenissenrecht. Dit kan ook niet anders. Het gehele vermogensrecht is doortrokken van verbintenissen, overeenkomsten en andere meerzijdige rechtshandelingen.⁴⁰ In het vermogensrecht bestaat er geen figuur waarop de redelijkheid en billijkheid *niet* van toepassing is.⁴¹

De rol van de redelijkheid en billijkheid is bovendien niet beperkt tot het privaatrecht. De redelijkheid en billijkheid is een breed toepasbaar rechtsbeginsel.⁴² Zij kan ook een rol spelen in andere rechtsgebieden.⁴³ Toch wordt de redelijkheid en billijkheid vooral toegepast in het vermogensrecht,

³⁷ § 1.2.1.

³⁸ § 1.2.2.

³⁹ De §§ 1.2.3 en 1.2.4.

⁴⁰ Zie in de context van het goederenrecht ook Fesevur 2000, p. 33-40.

⁴¹ Hartkamp 1981, p. 229-230, Rijken 1994, p. 19-20, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 398 en 401, Hartkamp 2010a, p. 36 en Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:8 BW, aantekening 6. Van Schilfgaarde/Winter 2009, p. 37 schrijft zelfs dat de redelijkheid en billijkheid het hele privaatrecht beheerst. Anders: Gerbrandy 1992, p. 640.

⁴² § 2.5.1. Vergelijk ook Smith 1998, p. 188. Hij legt een verband tussen het 'gezichtspunt van de gerechtigheid' en de redelijkheid en billijkheid.

⁴³ Vergelijk ook Schoordijk & Deelen 1984, p. 4. Schoordijk stelt dat de goede trouw alle menselijke verhoudingen beheerst.

en dan vooral in het verbintenissen- en overeenkomstenrecht. Ik geef in § 2.5 enkele mogelijke verklaringen voor deze grotere rol.

1.2.7 *De verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en andere vormen van ongeschreven recht*

Verschillende schrijvers zien een nog grotere rol voor de redelijkheid en/of billijkheid.⁴⁴ Zij breiden de toepassing van de redelijkheid en billijkheid uit tot het gehele recht. Abas schrijft dat de billijkheid een rechtsbeginsel is dat alle rechtsbetrekkingen beheerst. Hij verdeelt de rechtsbetrekkingen in vertrouwensrelaties en niet-vertrouwensrelaties. De goede trouw beheerst de vertrouwensrelaties. De ‘maatschappelijk betamende zorgvuldigheid’ beheerst de niet-vertrouwensrelaties. Een verschil tussen deze categorieën is er echter niet. Zij zijn in wezen hetzelfde.⁴⁵ Van der Grinten vat het gehele buitenwettelijke recht samen in één norm: “Gij zult in het maatschappelijk verkeer handelen, zoals een redelijk mens tegenover zijn medemens betaamt.”⁴⁶ De redelijkheid of billijkheid is bij deze schrijvers een belangrijke bron. De normen van Abas en Van der Grinten overschrijden het traditionele bereik van de redelijkheid en billijkheid van onder andere art. 6:2 BW. Beide schrijvers formuleren een soort ‘super-norm’, die zowel de redelijkheid en billijkheid als andere vormen van ongeschreven recht omvat.

De ‘supernorm-benadering’ heeft haar waarde. Handelen in strijd met de goede procesorde is niet redelijk. Overeenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden zijn ook in strijd met de billijkheid. De omstandigheden die van belang zijn bij het bepalen van de eisen van de redelijkheid en billijkheid spelen ook een rol bij het bepalen van de werking van andere vormen van ongeschreven recht.⁴⁷ De maatschappelijke positie van een partij beïnvloedt bijvoorbeeld zowel de werking van de redelijkheid en billijkheid als de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid.⁴⁸

44 Zie behalve de hier behandelde schrijvers ook de literatuur genoemd in Abas 1972, p. 50.

45 Abas 1972, p. 47-49.

46 Van der Grinten 1949, p. 435.

47 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 71 (Eindverslag I), Vranken 1989, p. 205 en Hartkamp 1992, p. 28. Zie bijvoorbeeld HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*). Dit arrest noemt verschillende factoren die de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid beïnvloeden. Deze factoren oefenen ook invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Vergelijk in de context van verkeersopvattingen Rogmans 2007, p. 12.

48 § 4.2.

Hartkamp en Sieburgh nuanceren deze benadering. Niet de redelijkheid en billijkheid, maar het ongeschreven recht beïnvloedt alle rechtsbetrekkingen. Het ongeschreven recht omvat meer bronnen dan de redelijkheid en billijkheid. Hartkamp en Sieburgh noemen de gewoonte, de goede zeden, misbruik van recht,⁴⁹ de maatschappelijke betamelijkheid, de beginselen van een goede procesorde⁵⁰ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁵¹ Sieburgh voegt hier in een andere publicatie de verkeersopvattingen, de openbare orde en de goede trouw aan toe.⁵² Ook de wetgever verwerpt de supernorm-benadering. Er zijn meer bronnen van ongeschreven recht naast de gewoonte en de billijkheid. Het heeft geen zin de billijkheid zo op te rekken dat zij verwijst naar alle vormen van ongeschreven recht.⁵³

Het onderscheid tussen de verschillende bronnen van ongeschreven recht blijkt ook uit de wet. Art. 6:248 lid 1 BW noemt bijvoorbeeld de gewoonte als aanvullende bron van verbintenissen *naast* de redelijkheid en billijkheid. Ook de rechtsgevolgen van de verschillende bronnen van ongeschreven recht zijn niet hetzelfde. Een rechtshandeling in strijd met de goede zeden is bijvoorbeeld nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid leidt tot een ander rechtsgevolg. Een regel is op grond van de artt. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW niet van toepassing als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De redelijkheid en billijkheid is geen 'supernorm'. Toch neemt de redelijkheid en billijkheid een bijzondere plaats in. De redelijkheid en billijkheid beheerst het hele vermogensrecht. Zij beheerst hiermee ook de

49 De literatuur is verdeeld over het eventuele onderscheid tussen misbruik van recht en de redelijkheid en billijkheid. Verschillende auteurs betogen dat misbruik van recht een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid is. Zie over de verhouding tussen deze leerstukken Maeijer 1991, p. 14-17, Stolp 1999, p. 504-508, Van der Wiel 2004, p. 189-192, Schrage 2007, p. 6-9 en 24-25, Van den Brink 2012b, p. 23 en noot 53. Art. 3:13 lid 2 BW is overigens, gelet op het woord 'redelijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

50 Vergelijk Gras 2003, p. 53-57 en Van der Wiel 2004, p. 181-185 over het eventuele onderscheid tussen de beginselen van een goede procesorde en de redelijkheid en billijkheid.

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 401. Vergelijk ook Van den Brink 2012b, p. 23.

52 Sieburgh 2011b, p. 207.

53 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1021 (M.v.T. Inv.). Vergelijk ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1040 (T.M.) en 1049 (M.v.T. Inv.) over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 57 (Handelingen II) over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en de goede zeden.

verbintenissen en rechtsbetrekkingen die ontstaan door de toepassing van andere vormen van ongeschreven recht.

De redelijkheid en billijkheid kan de toepassing van regels van andere bronnen van ongeschreven recht beperken. Ik geef enkele voorbeelden. De mogelijkheid om de gevolgen van een gewoonte te beperken op grond van de redelijkheid en billijkheid blijkt uit art. 6:2 lid 2 BW. Een rechtshandeling in strijd met de goede zeden is nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW. Eventuele verrichte prestaties zijn onverschuldigd betaald en dienen te worden terugbetaald. De redelijkheid en billijkheid kan deze restitutievordering beperken op grond van de artt. 6:2 lid 2 en 211 lid 1 BW. Een gedraging in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid is een onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 lid 2 BW. De schadevergoeding kan echter worden gematigd op grond van art. 6:109 lid 1 BW.⁵⁴

Daarnaast kan het handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid een onrechtmatige daad opleveren.⁵⁵ Misbruik van recht bestaat op grond van art. 3:13 lid 2 BW als de rechthebbende naar *redelijkheid* niet tot de uitoefening had kunnen komen. Dit artikel is, gelet op het woord 'redelijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

Het tegenovergestelde geldt ook. Andere open normen, zoals de verkeersopvattingen, de gewoonte en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze normen kunnen via de redelijkheid en billijkheid invloed uitoefenen op een rechtsbetrekking waarop zij niet direct van toepassing zijn. Ik beschrijf deze invloed in hoofdstuk 2.

De redelijkheid en billijkheid is geen supernorm waaruit alle vormen van ongeschreven recht zijn afgeleid. Wel neemt zij door haar ruime toepassingsgebied een bijzondere plaats in binnen het vermogensrecht. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt, en wordt beïnvloed door, andere vormen van ongeschreven recht.

54 Dit artikel is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

55 HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (*Gebroeders Tuinbeheer*) en Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 46. Zie ook HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 (*Lampe/Tonnema*) en Huizink (*Rechtspersonen*), art. 2:8 BW, aantekening 8. De redelijkheid en billijkheid beheerst daarnaast de onderhandelingsfase. Zie noot 11. Het afbreken van de onderhandelingen kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding. De literatuur twist over de grondslag van deze verplichting. Zie bijvoorbeeld Schoordijk & Deelen 1984, p. 61-86, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 202, Jansen 2012a, p. 28-30, Ruygvoorn 2012, p. 614 en Jansen 2013, p. 61.

1.3 De functies van de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid heeft drie functies. Zij kan aanvullen, beperken en uitleggen. Ook in andere rechtsstelsels heeft de redelijkheid en billijkheid deze functies.⁵⁶ In deze paragraaf geef ik een beknopte beschrijving van de verschillende functies (de §§ 1.3.1, 1.3.2 en 1.3.3). De verschillende functies zijn niet scherp van elkaar gescheiden (§ 1.3.4). Een voorbeeld van ieder van deze functies kan dienen ter beantwoording van subvraag A (de invloed van een factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid).⁵⁷

1.3.1 De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid kan nieuwe rechten en plichten in het leven roepen. Zij kan een rechtsbetrekking *aanvullen*. Deze functie wordt dan ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd.⁵⁸ Art. 6:248 lid 1 BW bepaalt dat overeenkomsten niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen hebben, zij hebben ook de rechtsgevolgen die uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien.

De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook worden gebaseerd op art. 6:2 lid 1 BW.⁵⁹ Het artikel verplicht de schuldeiser en schuldenaar om zich te gedragen in overeenstemming met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid eist gedrag dat anders niet vereist zou zijn. Zij vult de rechtsbetrekking op deze manier aan. Art. 2:8 lid 1 BW geeft de aanvullende werking een wettelijke basis in het rechtspersonenrecht.⁶⁰ De aanvullende werking blijkt ten slotte uit de wettelijke verbijzonderingen van de redelijkheid en billijkheid. Toepassing van art. 7:601 lid 2 BW leidt bijvoorbeeld tot het toekennen van een loon, een aanvullende verplichting.⁶¹

56 Hesselink 1999, p. 48-54.

57 Zie de 'inleiding en vraagstelling', onder subvraag A.

58 De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt uitgebreider beschreven in onder andere Maeijer 1991, p. 6-8 en Rijken 1994, p. 21-28 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 403-409.

59 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 921 (T.M.), Rijken 1994, p. 26, Hartkamp 2005, p. 231 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 403.

60 Zie ook Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 46.

61 Dit artikel is, gelet op het woord 'redelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

1.3.2 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid kan een rechtsbetrekking op verschillende manieren aanvullen. Ik geef enkele voorbeelden.⁶² De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan de aansprakelijkheid van een partij uitbreiden.⁶³ Zij kan een verplichting tot een doen⁶⁴ of laten⁶⁵ in het leven roepen. Verder kan zij een bepaalde plicht, zoals een medewerkings-,⁶⁶ mededelings-⁶⁷ of zorgplicht,⁶⁸ creëren.⁶⁹ De aanvullende werking kan daarnaast een volmacht of gebruiksrecht doen ontstaan.⁷⁰ Zij kan ten slotte een opzeggingsbevoegdheid creëren en afhankelijk maken van bepaalde voorwaarden.⁷¹

1.3.2 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Een regel is niet van toepassing wanneer dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De redelijkheid en billijkheid kan de toepassing, en daarmee de gevolgen, van een regel *beperken*. Dit wordt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd.⁷² Deze beperkende werking blijkt uit de artt. 2:8 lid 2, 6:2 lid 2

-
- 62 Zie voor een uitgebreider overzicht bijvoorbeeld Rijken 1994, p. 21-28 of Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 403-409.
- 63 Zie bijvoorbeeld Art. 6:166 lid 2 BW voor de onderlinge verdeling van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden in groepsverband. Dit artikel is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Zie ook HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (*Bruinsma Tapijt/Schuitmaker*), HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (*Vonk Montage/Van der Hoeven*) en HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (*De Bont/Oudenallen Betonbouw*).
- 64 Zie bijvoorbeeld HR 12 december 2003, NJ 2004, 117, waar een patiënt werd verplicht mee te werken aan een bloedonderzoek.
- 65 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (*Kolkman/Cornelisse*), waar de verkoper werd verboden om te concurreren met de verkochte onderneming.
- 66 Rb. Almelo 14 april 1926, NJ 1927, 24 (*Van Eyselsteijn's Rijwielinindustrie/De Leeuwe*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 61 (T.M.), Hesselink 1999, p. 246 en Tjittes 2012, p. 97.
- 67 Zie bijvoorbeeld HR 23 februari 1923, NJ 1923, 802 (*Hofman/Triezenbergh*) en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 61 (T.M.).
- 68 Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*).
- 69 Zie Hesselink 1999, p. 173-273 voor een overzicht van dergelijke plichten in verschillende rechtstelsels.
- 70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 407.
- 71 Zie onder andere HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), Peletier 1999, p. 102 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 408-409. De bevoegdheid kan bijvoorbeeld afhankelijk zijn van een 'zwaarwegende grond voor opzegging'. Zie § 3.2.
- 72 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt uitgebreider beschreven in Rijken 1994, p. 29-44, Maeijer 1991, p. 8-10, Hesselink 1999, p. 59-64 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 410-435.

en 248 lid 2 BW.⁷³ Zij blijkt daarnaast uit verschillende verbijzonderingen van de redelijkheid en billijkheid. Toepassing van art. 6:109 BW leidt bijvoorbeeld tot de matiging, of beperking, van een verplichting tot schadevergoeding.⁷⁴

De redelijkheid en billijkheid kan iedere regel, en dus ook een regel van dwingend recht,⁷⁵ beperken. Zij beperkt een regel echter slechts voor zover de toepassing van deze regel in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik geef opnieuw slechts enkele voorbeelden.⁷⁶ De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan leiden tot de gehele⁷⁷ of gedeeltelijke⁷⁸ beperking van (de uitoefening van) een vordering. Zij kan daarnaast een beroep op een recht,⁷⁹ een beding,⁸⁰ gerechtvaardigd vertrouwen⁸¹ of nietigheid⁸² beperken. De rechter kan op grond van de redelijkheid en billijkheid een zakelijk recht beperken of opheffen⁸³ en een overeenkomst wijzigen of ontbinden.⁸⁴

73 Het al dan niet bestaan van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is lange tijd een twistpunt geweest. Zie voor een overzicht Abas 1972, p. 109-220, Rijken 1994, p. 29-30 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 410-412.

74 Dit artikel is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

75 Hieraan worden wel zwaardere eisen gesteld. Zie § 2.5.

76 Zie voor een overzicht ook Rijken 1994, p. 43-44 of Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 435. Zie ook § 3.2 over de gevolgen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

77 HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (*Bibolini*).

78 HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (*Nederland/Terneuzen*).

79 Zie bijvoorbeeld HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 (*Gelling/Jessurun*). De redelijkheid en billijkheid kan een opschortingsbevoegdheid beperken. Vergelijk daarnaast art. 6:52 lid 1 BW. Opschorting is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Ook een ontbindingsbevoegdheid kan worden beperkt. Zie bijvoorbeeld HR 22 mei 1981, NJ 1982, 59 (*Van der Gun/Famex*). Vergelijk daarnaast art. 6:265 lid 1 BW. Ontbinding is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

80 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*) of HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (*Royal & Sun Alliance/Universal Pictures*).

81 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (*Je bekijkt het maar*), HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 (*Ben Amran/Silversteyn*) en Parl. Gesch. Boek 3, p. 167 (N.v.W.) en 177 (M.v.A. II).

82 HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments/Sami Uloti*), Hesselink 1999, p. 123-124 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 419. Vergelijk ook Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 320 (*Stichting FortisEffect/Nederland*). In deze zaak beperkte de Rechtbank de toepasselijkheid van de nietigheid veroorzakende regel.

83 De artt. 5:78 sub a, 79 en 97 lid 1 BW.

84 Art. 6:258 BW. Dit artikel is een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW. Zie § 3.4 over de verhouding tussen deze artikelen.

1.3.3 Uitleg

De redelijkheid en billijkheid beheerst de uitleg van overeenkomsten en andere rechtshandelingen. ‘Uitleg’ is het vaststellen van de rechtsgevolgen van een rechtshandeling of overeenkomst. Ik bespreek achtereenvolgens de uitleg van een rechtshandeling (§ 1.3.3.1) en de uitleg van een overeenkomst (§ 1.3.3.2).

1.3.3.1 De uitleg van een rechtshandeling

De uitleg van een rechtshandeling is een samenspel van drie elementen: wil, verklaring en vertrouwen. Een rechtshandeling vereist op grond van art. 3:33 BW een op een rechtsgevolg gerichte wil en een verklaring. De artt. 3:35 en 36 BW beschermen degenen die gerechtvaardigd vertrouwen op een bepaalde betekenis van een gedraging of verklaring.

De redelijkheid en billijkheid speelt een rol bij dit samenspel. Deze rol blijkt uit de artt. 3:35 en 36 BW. De wet beschermt niet iedere vertrouwende partij. De partij moet vertrouwen op een betekenis die zij *redelijkerwijze* aan een verklaring of gedraging mocht toekennen. De artikelen zijn in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Ook de toevoeging van ‘in de gegeven omstandigheden’ is een duidelijke aanwijzing dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing is. Alle omstandigheden van het geval beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. ‘De gegeven omstandigheden’ beïnvloeden het antwoord op de vraag of een partij een betekenis *redelijkerwijze* mocht toekennen op dezelfde manier.

De grondslag van een rechtshandeling is de wil. Deze wil bepaalt in de eerste plaats de inhoud van een rechtshandeling. Het gaat hier echter niet om de werkelijke wil, maar om de wil zoals een ander deze *redelijkerwijze* mocht interpreteren. De rechtshandeling wordt geobjectiveerd.⁸⁶ Art. 3:35 BW doet hiermee meer dan het beschermen van de gerechtvaardigd vertrouwende partij. Het gerechtvaardigd vertrouwen beïnvloedt de uitleg van een rechtshandeling, het bepaalt de *inhoud* van de

85 Anders: Hesselink 1999, p. 95.

86 Zie onder andere Van Dunné 1971, p. 9, 241 en 246, Schut 1987, p. 2, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 130 en Bakker 2012, p. 28 en 47.

rechtshandeling.⁸⁷ De redelijkheid en billijkheid is hiermee van belang bij de uitleg van rechtshandelingen.

1.3.3.2 De uitleg van een overeenkomst

Een overeenkomst komt op grond van art. 6:217 lid 1 BW tot stand door aanbod en aanvaarding, twee eenzijdige rechtshandelingen.⁸⁸ De uitleg van deze rechtshandelingen is van belang voor de totstandkoming van een overeenkomst. Van belang is “wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen of gedragingen omtrent hun wederzijdse bedoelingen (wil) hebben mogen afleiden en op wat partijen op die grond aan rechtsgevolgen kan worden toegerekend.”⁸⁹

De overeenkomst zelf is een meerzijdige rechtshandeling.⁹⁰ De contractanten kunnen het oneens worden over de betekenis van (een gedeelte van) de overeenkomst. De artt. 3:33 en 35 BW zijn van toepassing op de uitleg van rechtshandelingen. Zij zijn dus ook van toepassing op de uitleg van een overeenkomst.⁹¹ De artikelen zijn, gelet op het woord *redelijkerwijze*, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid is hiermee ook van toepassing op de uitleg van een overeenkomst.⁹²

De rol van de redelijkheid en billijkheid bij de uitleg van een overeenkomst is uiteengezet in het *Haviltex*-arrest. Een overeenkomst moet niet zuiver taalkundig worden uitgelegd, bij de uitleg komt het aan “op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer

87 Schut 1987, p. 2 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 125 en 128-129. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 169 (Eindverslag I) en 173 (T.M.). De vertrouwende partij kan de handelende partij aan de verklaring houden en hoeft geen genoegen te nemen met schadevergoeding.

88 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 878 (M.v.A. II), Van Dunné 1971, p. 123 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 164. Vergelijk echter art. 6:218 BW. Een aanbod wordt niet in alle gevallen als een eenzijdige rechtshandeling behandeld.

89 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 877 (M.v.A. II). Vergelijk ook HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde/Erckens I*), HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (*Kribbebijter*) en Meijers 1921, p. 153-154.

90 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 11. Anders: Van Dunné 1971, p. 197.

91 Vergelijk Jansma 1913, p. 13. De uitleg van een rechtshandeling is het *genus*, de uitleg van een contract de *species*.

92 Vergelijk ook HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (*Zwitserse/Koppe*), HR 30 november 1951, NJ 1953, 76 (*Van Stijverden/Van Olst*), HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (*Steinbusch/Van Alphen*), HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), Houwing 1890, p. 516-517, Jansma 1913, p. 6-8 en 64-65, Losecaat Vermeer 1913, p. 33-34, Van Zaltbommel 1993, p. 25, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 362 en 364, Bakker 2011, p. 480 en 483, Van Dunné 2011, p. 114, Jansen 2011, p. 44-45 en Bakker 2012, p. 47. Anders: Valk 2012b, p. 769. Valk koppelt de artt. 3:33 en 35 BW aan de subjectieve goede trouw van art. 3:11 BW.

redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”⁹³ Deze ‘Haviltexformule’ sluit goed aan bij art. 3:35 BW.⁹⁴ Dit is terecht. Het artikel speelt een rol bij de uitleg van alle rechtshandelingen. Het is dus ook van belang bij de uitleg van een overeenkomst. Daarbij hangt de vraag of een overeenkomst bestaat altijd samen met de vraag naar de *inhoud* van deze overeenkomst.⁹⁵

1.3.4 Relativering van het onderscheid tussen de functies

De redelijkheid en billijkheid vult aan, beperkt en legt uit. Deze functies lijken op het eerste gezicht duidelijk van elkaar te onderscheiden. Dit valt tegen. De verschillende functies lopen in veel gevallen in elkaar over.⁹⁶ Wat de één uitleg noemt, ziet de ander als de aanvullende of beperkende werking. Waar de één genoeg heeft aan aanvulling of beperking, heeft de ander aanvulling *en* beperking nodig.

De precieze grens tussen de uitleg en het aanvullen van een overeenkomst of rechtshandeling is niet duidelijk.⁹⁷ De ‘uitleg’ van een overeenkomst kan leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet blijken uit de letterlijke tekst van de overeenkomst. Uitleg kan dus leiden tot de ‘aanvulling’ van de letterlijke tekst.⁹⁸ Dezelfde onduidelijkheid speelt op het grensvlak tussen de beperkende werking en de uitleg. De uitleg kan de rechtsgevolgen van een rechtshandeling of overeenkomst ook beperken.⁹⁹ Iedere rechtshandeling kan zo worden ‘uitgelegd’ dat de

93 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*), onder r.o. VI, 2.

94 Brunner in zijn noot onder HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*), Tjittes 2009, p. 8, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 364, Jansen 2011, p. 45 en Valk 2012b, p. 769. Overigens is deze lijn al eerder ingezet, zie HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (*Ram/Matser*).

95 Houwing 1890, p. 513, Vranken 1989, p. 64, Bakker 2012, p. 45-48 en Valk 2012b, p. 769.

96 Zo ook bijvoorbeeld Valk 1999b, p. 496, Memelink 2009, p. 194 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 366 en 402.

97 Zie bijvoorbeeld Scholten 1909, p. 350, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 366, Wissink 2011, p. 24, Tjittes 2012, p. 97, Valk 2012b, p. 769, Wissink 2012a, p. 31 en Wissink 2012b, p. 50-51. Zie in een internationale context ook Cohen 2011, p. 125.

98 Zie bijvoorbeeld HR 30 november 1951, NJ 1953, 76 (*Van Stijverden/Van Olst*). De betekenis van ‘licentiesommen’ werd hier ruim uitgelegd. Hierdoor ontstond een verplichting.

99 Zie HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (*Zwitserse/Koppe*). Eiseres in cassatie klaagt dat het Hof de overeenkomst heeft beperkt. De Hoge Raad stelt dat het hier niet ging om een beperking maar om uitleg van de overeenkomst. Ten tijde van dit arrest was de beperkende werking nog niet onmiskenbaar geaccepteerd.

daaruit vloeiende rechten slechts gelden voor zover zij niet in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰

‘Uitleg’ kan leiden tot de aanvulling of beperking van een rechtsbetrekking. Een brede definitie van uitleg slokt de andere functies van de redelijkheid en billijkheid op. Van Dunné hanteert ruime definities van ‘uitleg’ en ‘rechtshandeling’.¹⁰¹ Zo ruim, dat de andere functies van de redelijkheid en billijkheid overbodig zijn.¹⁰²

Ook de grens tussen de aanvullende werking en de beperkende werking is niet altijd gemakkelijk te trekken.¹⁰³ Een werking van de redelijkheid en billijkheid kan in sommige gevallen zowel als een aanvulling, een beperking of een combinatie van beide worden beschouwd. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan een leemte creëren. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan deze leemte vervolgens opvullen.¹⁰⁴ Omgekeerd kan de aanvullende werking een nieuwe bevoegdheid creëren. De beperkende werking kan deze bevoegdheid vervolgens clausuleren.¹⁰⁵ Dit rechtsgevolg is ook te formuleren als een aanvullende werking. De redelijkheid en billijkheid schept immers een *geclausuleerde* bevoegdheid. Verder kan de aanvullende werking een verplichting scheppen. Het niet nakomen van deze verplichting kan dan leiden tot de beperking van een recht.¹⁰⁶ Ten slotte kan de redelijkheid en billijkheid een bevoegdheid creëren voor een partij. Deze bevoegdheid kan de rechten van de wederpartij beperken. De aanvulling van de rechten van de ene partij beperkt de rechten van haar wederpartij.¹⁰⁷

De redelijkheid en billijkheid werkt. Hoe ze werkt, is echter op verschillende manieren te interpreteren. De bovenstaande voorbeelden

100 Van Dunné 1971, p. 90.

101 Van Dunné 1971, p. 198.

102 Van Dunné 1971, p. 219 en 239. Zie ook Bregstein 1935, vooral p. 15.

103 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 67-68 (M.v.A. II), Rijken 1994, p. 45, Peletier 1999, p. 97, Snijders 2007a, p. 8 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 407.

104 Rijken 1994, p. 45 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 407.

105 Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*). De redelijkheid en billijkheid creëerde een opzeggingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid werd afhankelijk gesteld van een ‘voldoende zwaarwegende grond’.

106 Rijken 1994, p. 45 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 407. Zie bijvoorbeeld HR 5 april 1968, NJ 1968, 251 (*Pekingenden*). Een partij verwerkt zijn recht op de betaling van de volledige koopprijs door niet tijdig te protesteren tegen de door de wederpartij toegepaste kortingen. Dwaling op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW werkt vergelijkbaar. Het niet vervullen van de mededelingsplicht leidt tot de vernietigbaarheid van de overeenkomst. Een vernietiging beperkt de rechten die voortvloeien uit de overeenkomst. Dwaling is een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

107 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68 (M.v.A. II), Rijken 1994, p. 45 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 407. Zie voor een voorbeeld HR 3 december 1999, NJ 2000,

illustreren dit. De lezer kan het hiermee oneens zijn. Hij kan gemotiveerd betogen waarom het de ene keer aanvulling, de andere keer uitleg en de derde keer beperking moet zijn. Deze lezer zal gelijk hebben. Toch heb ik mij bij de bovenstaande voorbeelden bewust niet uitgelaten over wat nu de juiste interpretatie is. Voor mijn onderzoek is een strikt onderscheid tussen de drie functies niet van belang.¹⁰⁸ De factoren die invloed uitoefenen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, beïnvloeden ook de aanvullende werking en de uitleg. De verschillen tussen de functies vormen geen beletsel. De hierboven geïllustreerde inwisselbaarheid verplicht juist om bij alle functies rekening te houden met dezelfde factoren. De relevantie van een bepaalde omstandigheid dient niet afhankelijk te zijn van het antwoord op de vraag of een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid als aanvulling, beperking of uitleg wordt gekwalificeerd.

Het onderscheiden van de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid *lijkt* van belang vanwege de strengere maatstaf van de artt. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW. Lid 1 van de beide artikelen verwijst slechts naar de *eisen* van de redelijkheid en billijkheid. Lid 2 spreekt over ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar*’. ‘Onaanvaardbaar’ suggereert dat er strengere eisen worden gesteld aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de Hoge Raad spoort aan tot een terughoudende toepassing. ‘In strijd met de redelijkheid en billijkheid’ is niet voldoende voor toepassing van de beperkende werking, het moet ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar’ zijn.¹⁰⁹

Toch verschilt de maatstaf van de artt. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW niet van die van de artt. 6:2 lid 1 en 248 lid 1 BW.¹¹⁰ Art. 6:248 lid 2 BW moet terughoudend worden toegepast. Dit vloeit echter niet voort uit de *formulering* van het artikel, het vloeit voort uit de *redelijkheid en billijkheid*.

120 (*Latour/De Bruijn*). De uitoefening van een aanvullende opzeggingsbevoegdheid leidt tot de beperking van de rechten van de wederpartij. Het tegenovergestelde is ook mogelijk. De beperking van de rechten van de ene partij leidt tot een aanvulling van de rechten van haar wederpartij. Vergelijk in die zin Valk 1993, p. 113.

108 Het onderscheid van de drie functies is overigens wel van belang voor de mogelijkheden in cassatie. Zie hierover bijvoorbeeld Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 101-109 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 368.

109 Zie bijvoorbeeld HR 14 december 2001, NJ 2002, 59 (*Bouwkamp/Van Dijke Semo*), HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284 (*Poelstra/Betman Transport & Expeditie*), HR 24 januari 2003, JOL 2003, 55 (*X/Motrac Landbouw*) en HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich Verzekeringen*) en Hartkamp 2012, p. 52. Vergelijk ook HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuysen van Zanten*).

110 Zo ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 68 (M.v.A. II) en Snijders 2007a, p. 8.

Stel dat lid 2 simpelweg naar de redelijkheid en billijkheid zou verwijzen, zou dit verschil uitmaken? Is het redelijk en billijk als een overeenkomst om kleine onredelijkheden kan worden beperkt? Verschillende omstandigheden zouden zich hiertegen verzetten. Het beginsel van partijautonomie brengt met zich dat personen zichzelf kunnen binden. Door een overeenkomst te sluiten wekken ze verwachtingen en vertrouwen bij de wederpartij. De rechtszekerheid zou te zeer worden geschaad wanneer iedere onredelijkheid een overeenkomst opzij zou kunnen zetten. Het beginsel van partijautonomie, vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen en de rechtszekerheid: deze omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹¹¹ Zij pleiten tegen de beperking van een overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zij leggen veel gewicht in de schaal. Er moet heel wat tegenover staan voordat de redelijkheid en billijkheid de overeenkomst toch beperkt. Met andere woorden: de redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van een overeenkomst pas als het resultaat onaanvaardbaar zou zijn. Toepassing van de *redelijkheid en billijkheid* leidt op deze manier tot hetzelfde resultaat als de strenge *formulering* van lid 2.

Deze argumenten zijn overigens breder toepasbaar. Het algemene belang van de rechtszekerheid, en dus de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’, pleit ook tegen andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Het pleit tegen een beperking van wat nadrukkelijk is overeengekomen, tegen vergaande aanvullingen en tegen een uitleg die ver van de taalkundige betekenis afstaat. Het beginsel van partijautonomie en het opgewekte vertrouwen, en dus de factoren ‘rechtsbeginselen’ en ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’, pleiten op dezelfde manier tegen vergaande aanpassingen van een overeenkomst.

1.4 Algemene opmerkingen over de omstandigheden van het geval

De omstandigheden van het geval bepalen de werking van de redelijkheid en billijkheid. In de volgende hoofdstukken beschrijf ik de verschillende relevante omstandigheden. In deze paragraaf maak ik enkele algemene opmerkingen over de omstandigheden van het geval. Ik behandel allereerst het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden (§ 1.4.1). Vervolgens beschrijf ik hoe de omstandigheden de werking

111 De §§ 2.5.1, 3.2.2 en 6.4.1.1.

van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De omstandigheden van het geval werken als factoren. Zij werken niet als harde regels (§ 1.4.2).

1.4.1 Het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden

De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.¹¹² Uiteraard zijn niet *alle* omstandigheden van belang. Het aantal vogels in de lucht en de kwabben van het offerdier beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid niet. Alleen de relevante omstandigheden spelen een rol.

Hoe kan men een onderscheid maken tussen relevante en irrelevante omstandigheden? Ik behandel drie manieren om deze vraag te beantwoorden: aan de hand van rechtsbeginselen (§ 1.4.1.1), aan de hand van *topoi* (§ 1.4.1.2) en direct aan de hand van de redelijkheid en billijkheid (§ 1.4.1.3). Ten slotte bespreek ik de rol van de wet, de literatuur en de jurisprudentie (§ 1.4.1.4).

1.4.1.1 Aan de hand van rechtsbeginselen

In deze benadering bepalen rechtsbeginselen het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden. Het begrip ‘rechtsbeginsel’ kan op verschillende manieren worden beschreven. Scholten beschrijft rechtsbeginselen als “tendensen, welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt, algemeenheden, met al de betrekkelijkheid, die dat algemene meebrengt, maar die toch niet te missen zijn.”¹¹³ Dworkin noemt een rechtsbeginsel een “*standard to be observed, (...) because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.*”¹¹⁴ Alexy beschrijft rechtsbeginselen als “*norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible.*”¹¹⁵ Rechtsbeginselen blijken uit het recht. Zij kunnen worden gevonden door concrete rechtsregels te herleiden tot algemene regels.¹¹⁶ Rechtsbeginselen kunnen ook bestaan uit

112 Zie bijvoorbeeld HR 30 september 1983, NJ 1984, 555, HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*) en HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*). De Hoge Raad gebruikt ook andere formuleringen zoals ‘tal van omstandigheden’. Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*).

113 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 63.

114 Dworkin 1978, p. 22.

115 Alexy 2000, p. 295.

116 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 62-63 en 65, Scholten 1980, p. 3, Van den Brink 2002, p. 201 en Metzger 2009, p. 19. Vergelijk Lenaerts 2010, p. 1124, Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010, p. 1654-1662 en Aronstein 2011b, p. 43 over de vindplaats van algemene beginselen van gemeenschapsrecht.

een veronderstelling waarvan een heel rechtsgebied uitgaat.¹¹⁷ Regels kunnen direct worden toegepast. Rechtsbeginselen zijn te algemeen om onverkort te worden toegepast.¹¹⁸ Zij wijzen slechts in een bepaalde richting.¹¹⁹

De rechtsbeginselen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid fungeert als middel om deze beginselen invloed te laten uitoefenen op het vermogensrecht. De omstandigheden van het geval oefenen geen directe invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij beïnvloeden deze werking slechts via rechtsbeginselen.

Een rechtsbeginsel beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als het van toepassing is in het concrete geval. De toepasselijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden zijn in deze benadering relevant *omdat* zij leiden tot de toepasselijkheid van een rechtsbeginsel. Verwijtbaar gedrag beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid niet zelfstandig. Het beïnvloedt deze werking omdat het rechtsbeginsel *“No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime”* gevolgen verbindt aan verwijtbaar gedrag.¹²⁰ Rechtsbeginselen spelen een bemiddelende rol tussen de omstandigheden van het geval en de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹²¹

Deze benadering heeft een voordeel. Rechtsbeginselen geven direct weer *waarom* een omstandigheid relevant is. Zij maken daarnaast duidelijk hoe de omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. De invloed van het rechtsbeginsel *“No one shall be permitted*

117 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 64 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 40.

118 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 62, Scholten 1980, p. 3 en Metzger 2009, p. 16-17. Vergelijk ook Van den Brink 2002, p. 200-201 en Sieburgh 2004, p. 13. Dit betekent niet dat beginselen geen directe werking kunnen hebben. Vergelijk in het kader van recht van de Europese Unie HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07 (*Küçükdeveci*), Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010, p. 1645-1649, Aronstein 2011b, p. 49, Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 147-151, Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, p. 484 en Hartkamp 2011, p. 250-252. Deze werking hangt samen met de specifieke kenmerken van het recht van de Europese Unie. Zie § 2.5.3.

119 Dworkin 1978, p. 26. Vergelijk ook Alexy 2000, p. 295.

120 Court of Appeals of New York 8 oktober 1889, *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506. Zie ook Dworkin 1978, p. 23. Ook andere rechtsbeginselen verbinden gevolgen aan onbehoorlijk gedrag. Vergelijk bijvoorbeeld *‘nemo auditur propriam turpitudinem allegans’*, *‘fraus omnia corrumpit’*, *‘ex turpi causa non oritur actio’* en *‘he who comes to equity must do equity’*. Zie § 3.2.1 over de invloed van onbehoorlijk gedrag op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

121 Vergelijk in het kader van de topiek Nieuwenhuis 2007, p. 89.

to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime" is duidelijk. Een partij dient niet te profiteren van haar verwijtbare gedrag. Profiteert zij hier toch van, dan pleit het rechtsbeginsel voor een werking van de redelijkheid en billijkheid die haar dit voordeel afneemt. Het enkele noemen van een relevante omstandigheid maakt niet altijd duidelijk hoe de omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.¹²²

Het arrest *Van Hese/Koninklijke Schelde Groep* biedt een voorbeeld. Van Hese heeft met asbest gewerkt. Dit leidt meer dan 30 jaar later tot mesothelioom. Het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid de toepassing van de verjaringstermijn beperkt, is onder andere afhankelijk van het antwoord op de vraag of de "schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde."¹²³ Deze omstandigheid is vrij concreet. Zij is concreter dan abstractere omstandigheden zoals 'de aard van de overeenkomst'.¹²⁴ Toch maakt de overweging de precieze betekenis van deze omstandigheid niet duidelijk. De volgorde waarin zij is geformuleerd, suggereert dat de redelijkheid en billijkheid de toepassing van de verjaring sneller beperkt als de schadevergoeding ten bate van het slachtoffer zelf komt en minder snel als derden zouden profiteren. Nabestaanden zitten hier ergens tussen in. In de casus vorderden de nabestaanden de schadevergoeding. Pleit dit voor of tegen een beperking van de verjaring? Maakt het hierbij uit welke nabestaanden de vordering instellen?

De Hoge Raad had de betekenis van de omstandigheid kunnen verduidelijken door een rechtsbeginsel te formuleren. Het rechtsbeginsel had bijvoorbeeld zo kunnen luiden: schadevergoeding moet ten bate komen van hen die de schade hebben geleden. De schade wordt in de eerste plaats geleden door het slachtoffer. Ook de directe nabestaanden worden getroffen. De partner en de minderjarige kinderen verliezen immers de financiële steun van het slachtoffer. Andere erfgenamen leiden geen directe schade en hebben dus minder recht op bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹²⁵ Dit is natuurlijk slechts een mogelijke

122 Vergelijk Smith 2006, p. 144.

123 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*) en § 4.10.

124 § 5.3.2.

125 In deze zin ook A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (*Rouwshof/Eternit*). Vergelijk ook de afweging in Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*). De redelijkheid en billijkheid beperkte de verjaring van de rechtsoverdrachten van de weduwen. De verjaring van de overdrachten van andere nabestaanden werd niet beperkt. Vergelijk daarnaast Hof

interpretatie. Een geheel ander rechtsbeginsel kan ten grondslag liggen aan de relevantie van de omstandigheid. De Hoge Raad laat dit echter in het midden.

De ‘rechtsbeginsel benadering’ heeft ook nadelen. Allereerst is de benadering niet in overeenstemming met de praktijk. De rechter verwijst naar de omstandigheden van het geval. Het zijn uiteindelijk deze omstandigheden, en niet de rechtsbeginselen, die in de praktijk de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

De benadering heeft ook fundamentele nadelen. Zij heeft iets kunstmatigs. De redelijkheid en billijkheid kan op verschillende manieren werken. Ook individuele omstandigheden kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren beïnvloeden. In de ‘rechtsbeginsel benadering’ dient er voor al deze werkingen en beïnvloedingen een rechtsbeginsel te zijn dat de werking of beïnvloeding dekt. Een algemeen erkend rechtsbeginsel zal echter niet altijd voorhanden zijn. De motivering van een werking van de redelijkheid en billijkheid dient in een dergelijk geval gepaard te gaan met de formulering van een rechtsbeginsel. De benadering leidt op deze manier tot het ontstaan van allerlei rechtsbeginselen die slechts voor een concreet geval zijn geformuleerd. Een rechtsbeginsel is echter een algemene regel die voor meerdere gevallen van toepassing is. Een onzorgvuldig geformuleerd rechtsbeginsel kan tot ongewenste gevolgen leiden in andere gevallen.

De benadering leidt tot het ontstaan van een grote hoeveelheid rechtsbeginselen die slechts relevant zijn voor een beperkt aantal gevallen. Zij leidt tot inflatie van het begrip ‘rechtsbeginsel’. De grote hoeveelheid rechtsbeginselen leidt bovendien tot een onoverzichtelijke situatie. Dit leidt tot nieuwe onduidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De aanpak is daarnaast indirect. De werking van de redelijkheid en billijkheid is nog steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De invloed van een rechtsbeginsel is immers afhankelijk van deze omstandigheden. De rechtsbeginselen zijn een extra laag. Zij vormen een extra obstakel tussen de omstandigheden van het geval en de werking van de redelijkheid en billijkheid. De omstandigheden moeten in deze benadering twee keer worden ‘vertaald’. Zij dienen eerst te worden vertaald in

¹s-Gravenhage 18 december 2012, *NJF* 2013, 66 (*Allianz/X*). De ziekte van de overleden man had een grote impact op zijn partner. De partner was een ‘zeer nabij betrokkene’. De omstandigheid dat de vergoeding ten goede van deze partner komt, pleit daarom voor de beperking van de verjaring.

een rechtsbeginsel. Dit beginsel wordt vervolgens vertaald in een werking van de redelijkheid en billijkheid.

De ‘rechtsbeginsel benadering’ verdient om al deze redenen niet de voorkeur. De door de benadering gecreëerde duidelijkheid weegt niet op tegen haar nadelen. Dit betekent niet dat de benadering geen waarde heeft. Rechtsbeginselen kunnen de invloed van een omstandigheid verklaren en verduidelijken. Zij zijn een nuttig *hulpmiddel*. De benadering leidt echter niet tot een duidelijk onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden.

1.4.1.2 Aan de hand van *topoi*

Deze benadering vervangt de rechtsbeginselen door *topoi*. Een *topos* is een algemeen gezichtspunt. Het is een “gezichtspunt van algemene aard, dat in een bepaalde tijd door allen, de meesten of de verstandigsten voor waar wordt aangezien”¹²⁶ of een ‘vindplaats van argumenten’.¹²⁷ De ‘*topoi* benadering’ gebruikt deze algemene gezichtspunten om een onderscheid te maken tussen de relevante en irrelevante omstandigheden.

Deze benadering werkt hetzelfde als de ‘rechtsbeginsel benadering’. Een omstandigheid is pas relevant als zij leidt tot de toepasselijkheid van een *topos*. De topiek speelt een bemiddelende rol tussen de omstandigheden van het geval en de eisen van de redelijkheid en billijkheid.¹²⁸

Ook deze benadering kan onduidelijkheid wegnemen. Een *topos* kan verklaren waarom een bepaalde omstandigheid relevant is en hoe deze omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. De invloed van de maatschappelijke positie van een partij kan bijvoorbeeld worden verklaard door een *topos* te formuleren. Deze *topos* zou kunnen luiden: een professionele partij verdient minder bescherming dan een particulier.¹²⁹

De ‘*topoi* benadering’ deelt niet alleen de voordelen van de ‘rechtsbeginsel benadering’. Zij deelt ook haar nadelen. De benadering is niet in overeenstemming met de praktijk. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en niet van de *topoi* over deze omstandigheden.

126 Leijten 1981, p. 68. Vergelijk ook Nieuwenhuis 2007, p. 82 en Memelink 2009, p. 160.

127 Nieuwenhuis 2007, p. 81 en Memelink 2009, p. 161.

128 Nieuwenhuis 2007, p. 89.

129 Zie § 4.2 over de invloed van de maatschappelijke positie op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Breed geformuleerde *topoi* verkleinen het risico op wildgroei van onzorgvuldig geformuleerde *topoi*. Toch is ook deze benadering kunstmatig. Er kunnen *topoi* ontstaan die niet algemeen worden gedeeld. Niet iedereen deelt dezelfde gezichtspunten. Welke meningen dienen het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden te bepalen? Veranderende tijden leiden daarnaast tot veranderende problemen. Er kan geen ‘algemeen’ gezichtspunt bestaan over een probleem dat zich voor de eerste keer openbaart.¹³⁰

De benadering is ten slotte indirect. In Nederland levende rechts-overtuigingen zijn, net als rechtsbeginselen, een extra laag tussen de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid.

Ook de ‘*topoi* benadering’ verdient niet de voorkeur. Zij leidt niet tot een duidelijk onderscheid tussen de relevante en irrelevante omstandigheden van het geval. Wel kunnen de *topoi*, net als de rechtsbeginselen, de invloed van een omstandigheid verduidelijken en verklaren.

1.4.1.3 Direct aan de hand van de redelijkheid en billijkheid

Het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden kan worden gemaakt aan de hand van rechtsbeginselen of *topoi*. Uit de vorige paragrafen blijkt echter dat deze benaderingen niet bevredigend werken. Zij zijn in strijd met de praktijk, kunstmatig en indirect. Deze nadelen ontstaan doordat de benaderingen de rechtsbeginselen en *topoi* tussen de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid schuiven. De rechtsbeginselen en *topoi* vervullen een rol die helemaal niet vervuld hoeft te worden. De redelijkheid en billijkheid bepaalt het onderscheid tussen relevante van de irrelevante omstandigheden direct.

Een omstandigheid beïnvloedt in deze ‘directe benadering’ de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* de redelijkheid en billijkheid dit gebiedt. De kenmerken van de partijen bij de rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld niet omdat een rechtsbeginsel of *topos* dit eist. Zij beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid omdat het redelijk is om rekening te houden met de kenmerken van de partijen.¹³¹

Deze ‘directe benadering’ komt overeen met de praktijk. De Nederlandse rechter motiveert zijn uitspraken over de werking van de

130 Zie ook Petit 1920, p. 39.

131 Hoofdstuk 4.

redelijkheid en billijkheid met een directe verwijzing naar de relevante omstandigheden. Hij verwijst, in de meeste gevallen,¹³² niet naar de rechtsbeginselen of *topoi* die deze omstandigheden relevant maken.¹³³ Ook de wet verwijst direct naar de relevante omstandigheden. Art. 3:12 BW noemt bijvoorbeeld maatschappelijke en persoonlijke belangen als omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.¹³⁴ Het verwijst daarnaast naar rechtsbeginselen en in Nederland levende rechtsovertuigingen. Ook deze *omstandigheden* beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁵ Zij zijn echter geen *criteria* voor het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden.

De ‘directe benadering’ is niet kunstmatig. Het verzinnen en formuleren van rechtsbeginselen of *topoi* is niet nodig. De benadering is daarnaast direct. Er bestaat geen laag tussen de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid.

De ‘directe benadering’ heeft geen last van de nadelen van de andere benaderingen. Met deze nadelen verdwijnt echter ook het voordeel van deze benaderingen. De ‘directe benadering’ maakt niet duidelijk *waarom* en *hoe* een omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Er bestaat een spanningsveld tussen duidelijkheid en het ontbreken van de genoemde nadelen. Wat is nu de juiste benadering?

De ‘directe benadering’ verdient de voorkeur. Zij leidt niet in alle gevallen tot onduidelijkheid. Van sommige omstandigheden is het duidelijk hoe en waarom zij de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De meeste mensen zullen bijvoorbeeld wel begrijpen dat een professionele partij minder bescherming verdient dan een particulier.¹³⁶ De door de ‘directe benadering’ gecreëerde onduidelijkheid kan bovendien worden weggenomen. De andere benaderingen spelen hierbij een rol. De invloed van een bepaalde omstandigheid kan worden verduidelijkt door een rechtsbeginsel of een *topos* te formuleren. De nadelen van de andere benaderingen spelen wel in alle gevallen. Het is *altijd* in strijd met

132 Zie immers de §§ 2.3.1 en 2.5.1.

133 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments/Sami Uloti*) en Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7 (*Nivo Noord/X*).

134 Hoofdstuk 6.

135 De §§ 2.3.1 en 2.5.1.

136 § 4.2.

de praktijk en indirect om een rechtsbeginsel of *topos* tussen de omstandigheden van het geval en de redelijkheid en billijkheid te schuiven. Het is daarnaast in veel gevallen kunstmatig om een rechtsbeginsel of *topos* te formuleren. Er bestaat immers geen algemeen erkend rechtsbeginsel of *topos* voor iedere werking van de redelijkheid en billijkheid en iedere beïnvloeding van deze werking door een omstandigheid. De 'directe benadering' zal in een groot gedeelte van de gevallen goed werken. Het formuleren van een *topos* of rechtsbeginsel kan eventuele onduidelijkheid wegnemen. De redelijkheid en billijkheid bepaalt het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden. Andere benaderingen werken slechts als hulpmiddelen bij het vaststellen van de invloed van een omstandigheid in het concrete geval.

1.4.1.4 De rol van de wet, de literatuur en de jurisprudentie

De redelijkheid en billijkheid bepaalt welke omstandigheden relevant zijn. Maar van welke omstandigheden bepaalt de redelijkheid en billijkheid dat zij relevant zijn? Het enkele gebruik van de 'directe benadering' leidt niet tot een duidelijk onderscheid tussen de relevante en irrelevante omstandigheden van het geval.

Dit probleem is op te lossen door de wet, de literatuur en de jurisprudentie te beschouwen als kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid. Een omstandigheid is relevant als er in deze bronnen een voorbeeld is te vinden van de invloed van deze omstandigheid op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijk voorbeeld kan bestaan uit een wettelijke bepaling, de 'heersende leer' of 'vaste jurisprudentie'. Het kan echter ook bestaan uit de mening van een enkele auteur of een overweging in een enkele uitspraak van een rechtbank. Een omstandigheid is immers al relevant als zij de van de redelijkheid en billijkheid *kan* beïnvloeden. Grote invloed is niet nodig.

De nadruk op de wet, de literatuur en de jurisprudentie vult de 'directe benadering' aan. Hij voorkomt dat het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden slechts afhankelijk is van een subjectief oordeel over de redelijkheid en billijkheid. De selectie van de in de komende hoofdstukken te bespreken factoren is om deze reden een weergave van de huidige stand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie.

1.4.2 Factoren, geen regels

De relevante omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik beschrijf in deze paragraaf *hoe* deze omstandigheden de werking beïnvloeden. De omstandigheden van het geval leiden niet tot de toepassing van harde regels over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij werken als factoren die voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten. Een omstandigheid werkt op dezelfde manier als een *principle* van Dworkin: “*It states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision*”.¹³⁷

Dit is te illustreren aan de hand van het *Liszkay*-arrest.¹³⁸ De partijen twisten over de uitleg van een beding in de verzekeringsvoorwaarden. Dient het beding in het voordeel van de professionele verzekeraar of in het voordeel van de particuliere verzekerde te worden uitgelegd? Het antwoord op deze vraag is volgens dit arrest onder andere afhankelijk van de eventuele deskundige begeleiding bij de totstandkoming van de overeenkomst.¹³⁹

Het arrest geeft geen *regel* die stelt dat het ontbreken van deskundige begeleiding automatisch tot een uitleg in het voordeel van de particulier leidt. Ook geeft het geen regel die stelt dat de aanwezigheid van deskundige begeleiding leidt tot een uitleg in het voordeel van de verzekeraar. Het arrest maakt slechts duidelijk dat de eventuele deskundige begeleiding relevant is. Het ontbreken van deskundige begeleiding is een *factor* die pleit voor een uitleg in het voordeel van de particuliere verzekerde.

Er bestaat geen vaste rangorde tussen de verschillende factoren.¹⁴⁰ Er bestaan, buiten de wettelijke verbijzonderingen om,¹⁴¹ geen factoren die functioneren als *voorwaarde* voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid. Noch bestaan er (combinaties van) factoren die *altijd*, ongeacht en met uitsluiting van de overige relevante omstandigheden, tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid leiden. De

137 Dworkin 1978, p. 26.

138 HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (*Liszkay*).

139 Zie ook § 4.4 over de invloed van deskundige begeleiding.

140 Zo ook Smith 1998, p. 5, Van den Brink 2002, p. 64 en Van den Brink 2012a, p. 2. Vergelijk in de context van *principles* Alexy 2000, p. 296-297 en Alexy (1985) 2010, p. 50. Vergelijk ook Burkens 1971, p. 138 in de context van conflicterende grondrechten. Zie voor enkele concretere voorbeelden bijvoorbeeld Bloembergen 1969, p. 357, Barendrecht 1992, p. 11 en 105 en Van den Brink 2002, p. 61 over exoneratieclausules en Castermans 1992, p. 86 over mededelingsplichten.

141 Vergelijk § 2.5.

Hoge Raad verwerpt dergelijke regels, op een uitzondering na,¹⁴² uitdrukkelijk.¹⁴³

Dit betekent niet dat alle factoren even belangrijk zijn. Sommige factoren leggen meer gewicht in de schaal dan andere. Het gewicht van een factor dient per concreet geval te worden bepaald. De verschillende factoren dienen vervolgens tegen elkaar te worden afgewogen. Ik beschrijf dit proces in § 1.6.

Ik gebruik de termen ‘factoren’ en ‘factorencatalogi’ en niet de meer gebruikte termen ‘gezichtspunt’ en ‘gezichtspuntencatalogi’.¹⁴⁴ Dit heeft te maken met de formulering van de Hoge Raad. De Hoge Raad stelt in typische ‘gezichtspuntencatalogi’-arresten als *Saladin/HBU*, *Pseudo-*

142 Ik geef enkele voorbeelden. De ‘50%-regel’ en de ‘100%-regel’ beschermen voetgangers en fietsers die schade lijden bij een verkeersongeval. Andere omstandigheden kunnen echter leiden tot een nuancering van deze regels. De regels zijn bijvoorbeeld niet van toepassing als een regresnemende verzekeraar de vorderingen instelt. Zie HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (*IZA/Vrerink*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (*Klaverblad/IZA*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (*ZAS/SRZ*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (*Van Keulen/Trias*), HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*) en § 4.10. Vergelijk ook HR 14 december 2012, RvdW 2013, 37 (*Nationale-Nederlanden/S*). Art. 6:101 lid 1 BW is niet van toepassing op de verdeling van de schade op grond van proportionele aansprakelijkheid. De toepassing van een billijkheidscorrectie, al dan niet naar analogie van art. 6:101 lid 1 BW, kan dan ook niet leiden tot een verhoging van de vergoedingsplicht tot boven het percentage dat op basis van proportionele aansprakelijkheid is vastgesteld. Zie daarnaast HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (*Amsterdam/Honnebier*), Ernste 2012, p. 74 en § 3.3. Het bestaan van nadeel is mogelijk een voorwaarde voor de vernietiging van een bindend advies op grond van art. 7:904 lid 1 BW in verband met procedurele fouten in de totstandkoming. De Hoge Raad blijft echter een formulering gebruiken waaruit niet blijkt of het nadeel werkelijk een *voorwaarde* is. Het nadeel lijkt slechts een belangrijke *factor*. Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*): “Indien bij de totstandkoming van een bindend advies procedurele fouten zijn gemaakt, is voor de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden, *mede* van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht” (cursivering PTJW). Vergelijk ook § 6.2.1. Het ontbreken van nadeel beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het bestaan van nadeel is echter geen voorwaarde.

143 Zie bijvoorbeeld HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), HR 30 november 2001, JOL 2001, 709 (*Océ/MEGA*), HR 25 oktober 2002, NJ 2004, 556 (*Bunink-van der Laar/Manege Nieuw Amstelland*), HR 27 november 2009, NJ 2010, 493 (*Van der Grijp/Stam*), HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494 (*Rutten/Breed*), HR 17 februari 2012, RvdW 2012, 321 (*Alcoa/X*), HR 17 februari 2012, NJ 2012, 290 (*Savills/Pasman*), HR 13 april 2012, NJ 2012, 247 (*Rabobank/Erdem*), HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*), HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (*ABN AMRO/X*) en HR 21 september 2012, RvdW 2012, 1132 (*Van Marrum/Wolff*). Zie ook Barendrecht 1992, p. 120 en 152-153.

144 Zie bijvoorbeeld Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 106, Smith 2006, p. 143-144, Smith 2007, p. 119 en Loonstra & Quist 2008.

vogelpest en *Van Hese/Koninklijke Schelde Groep* slechts dat bepaalde omstandigheden relevant zijn.¹⁴⁵ De arresten maken niet duidelijk hoe zij werken. Het woord ‘factor’ past beter bij deze neutrale formulering.¹⁴⁶

1.5 Zes hoofdcategorieën omstandigheden van het geval

De factoren kunnen worden onderverdeeld in zes hoofdcategorieën of benaderingswijzen. Ik noem deze categorieën in § 1.5.1. Vervolgens betoog ik dat de benaderingswijzen dikwijls onderling inwisselbaar zijn (§ 1.5.2). De onderverdeling biedt desondanks voordelen (§ 1.5.3). Ik geef ten slotte aan wanneer een bepaalde benaderingswijze de voorkeur verdient (§ 1.5.4).

1.5.1 De zes hoofdcategorieën

Een onbeperkt aantal mogelijke concrete gevallen leidt tot een onbeperkt aantal mogelijke relevante omstandigheden. Ik behandel de omstandigheden daarom op een algemener niveau. Ik breng het onbeperkte aantal concrete omstandigheden terug tot een beperkt aantal abstractere factoren. Iedere *concrete* omstandigheid valt onder een *abstracte* factor. De verschillende factoren zijn ingedeeld in zes hoofdcategorieën: ‘normen’, ‘gedragingen en gebeurtenissen’, ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’, ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’, ‘belangen’ en ‘evenwicht’. Ik beschrijf deze categorieën in de volgende hoofdstukken. Iedere factor kan bij één van deze hoofdcategorieën worden ingedeeld.

145 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*) en HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*). Het laatstgenoemde arrest noemt de factoren overigens zelf wel ‘gezichtspunten’.

146 Volgens Van Dale 2005, p. 992 en 1185-1186 is een factor een “omstandigheid (...) die invloed op de uitslag van iets uitoefent, medebepalend element”. Een gezichtspunt is een “punt dat in de beschouwing kan worden betrokken” en een “standpunt waaruit men een zaak beschouwt, syn. *oogpunt*”. Vooral de tweede definitie is niet in overeenstemming met de neutrale formulering van de Hoge Raad. De Hoge Raad neemt immers geen standpunt in over de invloed van de in de catalogi genoemde factoren.

1.5.2 Relativering van het onderscheid

De hoofdcategorieën staan voor benaderingswijzen. De categorie ‘normen’ benadert de werking van de redelijkheid en billijkheid door aandacht te besteden aan normen, de categorie ‘belangen’ besteedt aandacht aan de betrokken belangen. De verschillende factoren volgen ieder één van deze benaderingen. Een concrete omstandigheid, of een complex van concrete omstandigheden, kan op meer manieren worden benaderd. Zij kan daarom in het kader van verschillende factoren van belang zijn.

Laat ik dit illustreren met een voorbeeld: een particulier koopt een product van een professionele partij. Dit feitencomplex is te benaderen vanuit de hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’. De factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’ is in dit geval relevant. Het betreft hier immers een consumentenkoop.¹⁴⁷ Het feitencomplex is ook te benaderen vanuit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’. Relevant zijn nu bijvoorbeeld de maatschappelijke posities,¹⁴⁸ de deskundigheid,¹⁴⁹ de mogelijkheden tot belangenbehartiging en de financiële posities¹⁵⁰ van de partijen. De hoofdcategorie ‘evenwicht’ benadrukt dat er ten aanzien van deze kenmerken verschillen bestaan tussen de partijen.¹⁵¹ De benaderingswijze ‘normen’ wijst op het rechtsbeginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid.¹⁵²

Een veelvoorkomend feitencomplex is in te delen bij vier verschillende factoren. Deze factoren behoren tot verschillende hoofdcategorieën. Een factor kan dikwijls worden ‘vertaald’ in een factor die in een andere hoofdcategorie thuishoort. Er bestaat dan ook een overlap tussen de verschillende factoren en hoofdcategorieën. Met enig forceerwerk is het zelfs mogelijk om iedere omstandigheid bij een bepaalde benaderings-

147 In deze zin bijvoorbeeld Smits 1995, p. 256-257. Zie § 5.3.2 over de invloed van de aard van de overeenkomst. Zie ook art. 7:5 BW.

148 § 4.2.

149 De particulier zal bijvoorbeeld niet deskundig zijn. De professionele partij weet alles over het verkochte product. Zie § 4.4 over de invloed van de deskundigheid van de partijen.

150 De professionele partij heeft ‘deep pockets’ en kan de schade bij één transactie gemakkelijk dragen. Zij kan daarnaast rekening houden met deze schade en de verkoopprijs hierop aanpassen. De particulier heeft deze mogelijkheden niet. Zie de §§ 4.7 en 4.8 over de invloed van deze kenmerken.

151 In deze zin bijvoorbeeld Tjittes 1994, p. 2. Zie over deze factoren de §§ 7.2.1, 7.2.2, 7.2.3 en 7.2.4.

152 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 42. Zie § 2.5.1 over de invloed van rechtsbeginselen.

wijze¹⁵³ of factor¹⁵⁴ te plaatsen. Van een scherpe scheiding tussen de hoofdcategorieën blijft dan ook weinig over.

1.5.3 *Het belang van het onderscheid*

Toch is de indeling in de zes hoofdcategorieën wel degelijk van belang. De verschillende benaderingswijzen leiden tot een overlap tussen de verschillende factoren. Deze overlap maakt het mogelijk om enkele factoren te schrappen en niet te behandelen. Een systematisch overzicht van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, is echter niet compleet zonder de behandeling van al deze overlappende factoren. De factoren zijn immers niet willekeurig gekozen. Zij zijn ontleend aan de wet, de literatuur en de jurisprudentie.¹⁵⁵ De indeling in de zes hoofdcategorieën doet recht aan deze bronnen. Zij laat zien dat de relevantie van een concrete omstandigheid op verschillende manieren kan worden benaderd. Zij verduidelijkt waarom verschillende bronnen andere relevante omstandigheden noemen bij hetzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex. In het voorbeeld uit § 1.5.2 kan de eiser over ‘normen’ spreken, de gedaagde over ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’, de rechtbank over ‘evenwicht’ en het Hof over ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’. Toch spreken zij over dezelfde relevante *concrete* omstandigheid. De indeling in zes hoofdcategorieën verkleint de onduidelijkheid. Zij stelt de deelnemers aan het rechtsverkeer in staat om elkaar te begrijpen.

Het onderscheid tussen de verschillende benaderingswijzen verduidelijkt daarnaast de rol van individuele factoren. De invloed van een factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid is dikwijls afhankelijk van andere factoren, al dan niet uit een andere benaderingswijze. Abas stelt bijvoorbeeld dat een beroep op een prestatie onredelijk is als de omstandigheden *zó anders* (cursivering Abas) zijn dat zij een gegronde reden opleveren om nakoming te weigeren.¹⁵⁶ Deze benadering sluit aan bij de hoofdcategorie ‘gedragingen en gebeurtenissen’. Zij legt de nadruk op veranderende omstandigheden, en dus op de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’.¹⁵⁷ Het criterium van Abas maakt op zichzelf weinig duidelijk. Wanneer leveren veranderende omstandigheden een gegronde reden op? Abas beantwoordt deze vraag vanuit de benaderingswijze ‘belangen’. Een beroep op een prestatie is

153 De §§ 2.6, 3.5 en 5.4.

154 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.5, 2.5.1, 3.2 en 5.3.2.

155 De §§ 1.4.1.4, 1.5.3 en 1.7.

156 Abas 1972, p. 265-266.

157 § 3.4 Zie over de benadering van Abas ook § 3.5.

onredelijk als nakoming tot een onbillijke benadeling van de debiteur zou leiden. De factor 'omvang belang' beïnvloedt de invloed van de factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden'.¹⁵⁸

Het onderscheid tussen de zes hoofdcategorieën verduidelijkt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het verduidelijkt waarom verschillende bronnen bij hetzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex over andere omstandigheden van het geval spreken. Daarbij verduidelijkt het de betekenis van individuele factoren. Deze voordelen gelden allereerst in een nationale context. Het onderscheid verduidelijkt de werking van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse recht. De voordelen gelden daarnaast in een internationaal of rechtsvergelijkend kader. Omstandigheden die in Nederland bij een bepaalde hoofdcategorie horen, kunnen in een ander rechtstelsel op een andere wijze worden benaderd. Het onderscheid tussen de zes hoofdcategorieën laat zien dat dergelijke verschillen niet onoverbrugbaar zijn. De verschillende factoren kunnen immers worden 'vertaald' in een factor die bij een andere benaderingswijze past. Op deze manier kan worden verduidelijkt dat het recht in de verschillende rechtstelsels afhankelijk is van dezelfde omstandigheden.

Ik geef een voorbeeld. Verschillende rechtstelsels kennen het leerstuk 'misbruik van recht'. Lenaerts definieert misbruik van recht als *"the exercise of a person's rights in a manner which is unreasonable, with consequent harm to another, whether there was an intent to harm or mere carelessness or indifference as to harm resulting"*.¹⁵⁹ Zij benadert misbruik van recht vanuit de hoofdcategorie 'gedragingen en gebeurtenissen'. Zij legt de nadruk op de *uitoefening* van het recht.

Misbruik van recht is in Nederland gecodificeerd in art. 3:13 BW. Dit leerstuk is in Nederland slechts één van de manieren om een recht te beperken. Ook de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan deze rol vervullen. Deze beperkende werking is niet afhankelijk van het misbruik van een recht of andere 'gedragingen en gebeurtenissen'. Ook factoren uit andere hoofdcategorieën kunnen leiden tot een beperking.

Hier verschilt het Nederlandse recht van sommige andere rechtstelsels. In België en Frankrijk kan de redelijkheid en billijkheid een rechtsbetrekking alleen beperken als er sprake is van misbruik van recht.¹⁶⁰ Met andere woorden: slechts factoren die vallen onder de categorie 'gedragingen en gebeurtenissen' kunnen tot een beperking van de rechtsbetrekking leiden.

158 Zie § 6.2.1 over de factor 'omvang belang'.

159 Lenaerts 2010, p. 1128.

160 Zie bijvoorbeeld Maeijer 1991, p. 14, Mendel 2000, p. 148-149 en Lenaerts 2010, p. 1126.

In Nederland kunnen alle omstandigheden van het geval tot een beperking van de rechtsbetrekking leiden. In België en Frankrijk leidt slechts misbruik van recht tot een dergelijke beperking. Dit lijkt een groot verschil. Uit § 3.2 blijkt echter dat iedere omstandigheid in een gedraging kan worden vertaald. De nadruk op misbruik van recht hoeft dus niet te leiden tot de uitsluiting van andere relevante omstandigheden.

1.5.4 De geprefereerde hoofdcategorie

De verschillende categorieën en de bij deze categorieën behorende factoren zijn in veel gevallen onderling inwisselbaar. Dit betekent echter niet dat de keuze tussen de verschillende benaderingswijzen niet van belang is. Er bestaat per concreet geval een *beste* benadering.

Twee criteria bepalen deze beste benaderingswijze. Allereerst moet de benadering leiden tot een *duidelijke* factor. Het moet duidelijk zijn *waarom* en *hoe* deze factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. De invloed van een factor dient op zijn minst duidelijk te zijn voor praktijkjuristen, rechters en wetenschappers. Het is echter nog beter als de invloed van een factor ook begrijpelijk is voor de deelnemers aan het rechtsverkeer. Hoe duidelijker de factor, des te beter vervult hij het criterium van duidelijkheid.

Factoren die veel duidelijk maken over de werking van de redelijkheid en billijkheid verdienen de voorkeur boven vage en brede factoren die slechts weinig duidelijk maken. De factor ‘verwijtbare gedragingen’ vereist weinig verduidelijking.¹⁶¹ De redelijkheid en billijkheid benadeelt de partij die verwijtbaar handelt. Een groot gedeelte van de deelnemers aan het rechtsverkeer voelt dit waarschijnlijk intuïtief aan. De invloed van ‘de aard van de overeenkomst’ is onduidelijk.¹⁶² Een beroep op de aard van de overeenkomst, en dus op de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’, verdient in de meeste gevallen niet de voorkeur.

De beste benaderingswijze dient daarnaast te leiden tot de factor die de werking van de redelijkheid en billijkheid *direct* beïnvloedt. De factor die de werking van de redelijkheid en billijkheid direct beïnvloedt, verdient de voorkeur boven factoren waarvan de invloed afhankelijk is van andere factoren. Om deze reden dient het overmatig gebruik van de factoren ‘rechtsbeginselen’ en ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ te worden vermeden.¹⁶³

161 § 3.2.1.

162 § 5.3.2.

163 De §§ 1.4.1.1, 1.4.1.2, 2.3.1 en 2.5.1.

Ook een beroep op de aard van de overeenkomst, en dus op de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’, is indirect. De aard van de overeenkomst kan pleiten voor een objectieve uitleg.¹⁶⁴ Dit geldt bijvoorbeeld bij een commercieel contract dat is gesloten tussen professionele partijen.¹⁶⁵ De aard van de overeenkomst beïnvloedt de werking van redelijkheid niet direct. Hij beïnvloedt de werking via de maatschappelijke posities van de partijen.¹⁶⁶ Een beroep op deze posities is directer en verdient daarom de voorkeur.

In sommige gevallen is de meest directe factor ook het duidelijkst. In deze gevallen is de beste benadering duidelijk. Dit hoeft echter niet zo te zijn. Een directe factor kan onduidelijk zijn en een duidelijke factor kan indirect zijn. Dit levert echter geen problemen op. Er bestaat geen plicht om te kiezen. De beste benadering is in dergelijke gevallen een combinatie van een directe en een duidelijke factor.

De beste benadering is duidelijk en direct. Dikwijls kan de invloed van een concrete omstandigheid worden verklaard vanuit verschillende benaderingswijzen. In deze gevallen dient men te kiezen voor die benadering die de criteria het beste vervult. Dit maakt andere benaderingen niet fout of in strijd met het recht. Wel zijn ze minder verklarend: zij maken minder duidelijk over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De andere benaderingen verhullen deze werking onnodig. Dit tast de rechtszekerheid aan.¹⁶⁷

1.6 Een stappenplan

Een partij die haar rechten en plichten wil kennen, moet rekening houden met de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij moet onderzoeken hoe de redelijkheid en billijkheid haar rechten en plichten beïnvloedt. De partij kan dit doen ‘op gevoel’. Dit leidt echter niet tot veel zekerheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De werking kan met grotere precisie worden vastgesteld door het volgende stappenplan te volgen. Figuur 1 geeft dit stappenplan weer.

Stap 1 en 2. Het vaststellen van de rechtsbetrekking in het uitgangspunt

De doorloper van het schema stelt de rechtsbetrekking in het uitgangspunt vast (stap 1). In het uitgangspunt speelt de redelijkheid en billijkheid geen

164 Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*) en Tjittes 2009, p. 20.

165 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*) en Tjittes 2009, p. 26. Zie ook § 4.2.

166 Zie de §§ 4.2 en 7.2.1.

167 § 6.4.1.1.

rol. Het wettelijk systeem¹⁶⁸ en een taalkundige uitleg¹⁶⁹ van de betrokken rechtshandelingen bepalen de rechtsbetrekking. Het uitgangspunt bepaalt de rechtsbetrekking (stap 2) vóór een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid.

Dit uitgangspunt is een fictie. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt een rechtsbetrekking van rechtswege.¹⁷⁰ De doorloper van het schema 'wijzigd' de rechtsbetrekking niet. Hij stelt haar slechts vast. Het uitgangspunt moet dan ook niet worden begrepen als een weergave van een rechtsbetrekking die ooit werkelijk heeft gegolden. Het is een fictieve rechtsbetrekking die zou gelden als de redelijkheid en billijkheid geen rol zou spelen.

Stap 3. Is de rechtsbetrekking in strijd met de eisen van de redelijkheid en billijkheid?

De doorloper van het schema beoordeelt of de uitgangssituatie in strijd is met de eisen van de redelijkheid en billijkheid (stap 3). Hij dient hiervoor aandacht te besteden aan de omstandigheden van het geval. Hij dient te onderzoeken of deze omstandigheden, en de bij deze omstandigheden behorende factoren, voor een werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten.

De precieze invloed van de verschillende omstandigheden is bij deze stap nog niet geanalyseerd. Dit is ook niet nodig. Pas bij deze stap blijkt of er *enige* twijfel bestaat over de redelijkheid van de rechtsbetrekking. Bestaat er geen twijfel, dan blijft de rechtsbetrekking van kracht (stap 11). Bestaat er wel twijfel, dan gaat de doorloper naar stap 4.

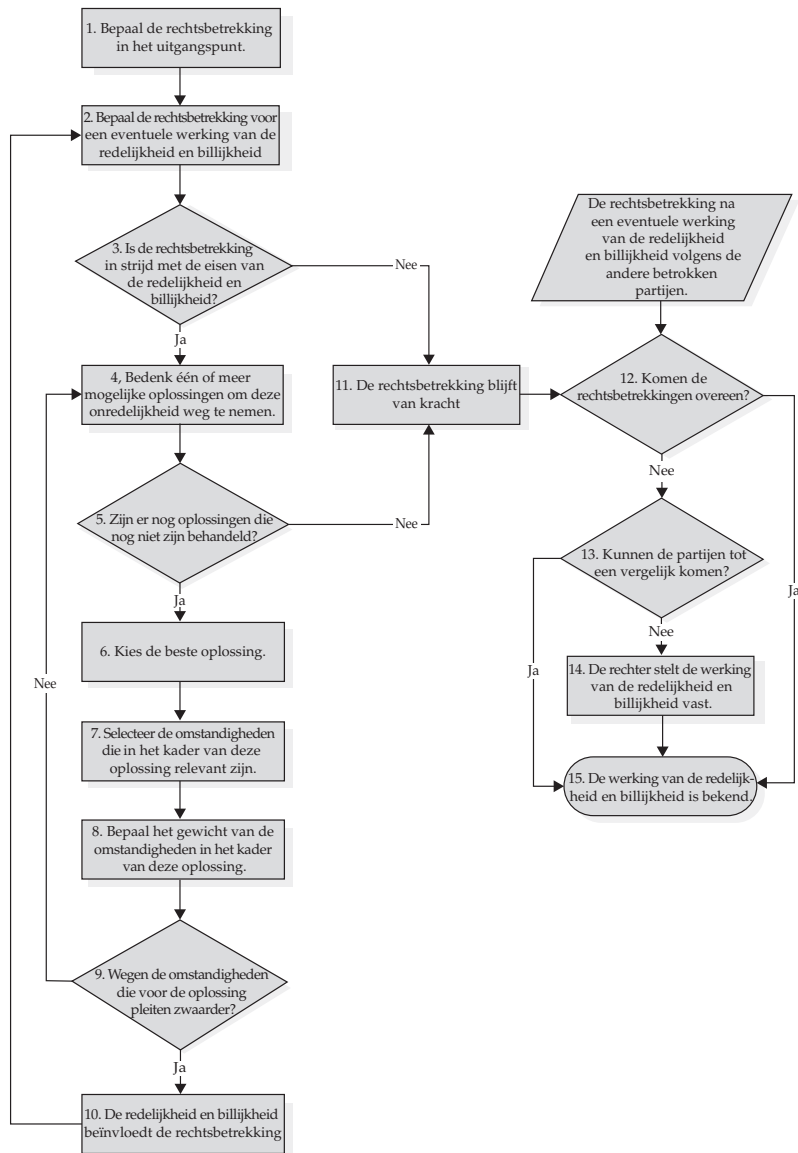
Stap 3 is in hoge mate subjectief. Een partij bij een rechtsbetrekking zal een rechtsbetrekking al snel redelijk vinden als deze betrekking haar bevoordeelt. Zij zal een benadeling juist als onredelijk beschouwen. Haar wederpartij zal juist geneigd zijn om tot een spiegelbeeldig oordeel te komen. Een exonererende partij zal de gevolgen van een exoneratieclausule bijvoorbeeld niet snel onredelijk vinden. Zij zal betogen dat haar bedrijfsvoering in gevaar komt als zij haar aansprakelijkheid niet kan uitsluiten. Haar wederpartij zal de nadruk leggen op de door haar geleden schade. Zij zal het onredelijk vinden dat de verantwoordelijke partij hier niet aansprakelijk voor is.

168 Vergelijk Smith 1998, p. 156.

169 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), HR 20 januari 2012, NJ 2012, 260 (*Schevers/Appelhof*), Abas 1972, p. 264, Tjittes 2005, p. 15-16 en De Vries 2009, p. 13. Vergelijk in een internationale context ook Canaris & Grigoleit 2011, p. 596 en 605 en Treitel/Peel 2011, nr. 6-010. Al deze bronnen zien alleen op de uitleg van overeenkomsten.

170 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 414 en 446 en Bakker 2012, p. 10.

Figuur 1. Een stappenplan



Stap 4. Het bedenken van oplossingen

De doorloper van het schema bedenkt één of meer mogelijke ‘oplossingen’. Een oplossing is een werking van de redelijkheid en billijkheid die de rechtsbetrekking in overeenstemming brengt met de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

Stap 5 en 6. Het kiezen van de geschiktste oplossing

De doorloper van het schema bepaalt of er nog onbehandelde oplossingen zijn (stap 5). Een oplossing is ‘onbehandeld’ als zij nog niet is geselecteerd bij stap 6. Alle oplossingen zijn dus nog onbehandeld als de doorloper voor het eerst bij stap 5 komt. De rechtsbetrekking blijft van kracht als er geen onbehandelde oplossingen meer zijn (stap 11). Zijn er nog wel één of meer onbehandelde oplossingen, dan kiest de doorloper de geschiktste (stap 6).

Hoe kan de doorloper bepalen wat de geschiktste oplossing is? Het is allereerst van belang dat de oplossing het probleem ook echt oplost. Een werking van de redelijkheid en billijkheid die de onredelijkheid geheel wegneemt, is geschikter dan een werking die de onredelijkheid slechts gedeeltelijk wegneemt.

Daarnaast spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol.¹⁷¹ Kunnen verschillende oplossingen de onredelijkheid wegnemen, dan verplicht het beginsel van subsidiariteit tot het selecteren van de minst ingrijpende oplossing. Het beginsel van proportionaliteit verplicht de doorloper van het schema om rekening te houden met de verhouding tussen de weg te nemen bestaande onredelijkheid en de eventuele door de verschillende oplossingen gecreëerde ‘nieuwe’ onredelijkheid. Oplossingen die meer onredelijkheid creëren dan wegnemen zijn niet geschikt. Oplossingen die minder nieuwe onredelijkheid creëren verdienen de voorkeur boven oplossingen die veel nieuwe onredelijkheid creëren.

Ik geef een voorbeeld. Een schuldeiser heeft een vordering uit onrechtmatige daad op een schuldenaar. De schuldenaar heeft namelijk, per ongeluk, schade veroorzaakt aan de auto van de schuldeiser. Toewijzing van de vordering door de rechter zou leiden tot het faillissement van de schuldenaar. De schuldenaar stelt dat dit onredelijk is.

171 Vergelijk ook Alexy 2000, p. 298. Zie de §§ 7.4.1 en 7.4.2 over deze beginselen.

De doorloper van het schema bedenkt twee oplossingen. In oplossing A matigt de redelijkheid en billijkheid de vordering van de schuldenaar tot een bedrag dat de schuldenaar binnen een redelijke termijn kan voldoen. In oplossing B beperkt de redelijkheid en billijkheid iedere aanspraak op de vordering door de schuldeiser. De schuldeiser verliest zijn vordering en kan de schuldenaar niet langer aanspreken.

Oplossing B voldoet niet aan de eisen van het beginsel van subsidiariteit. Zij grijpt verder in dan oplossing A. Zij grijpt bovendien verder in dan nodig. Oplossing A kan de onredelijkheid immers ook wegnemen. Zij kan het faillissement van de schuldenaar ook voorkomen. Oplossing B voldoet daarnaast niet aan de eisen van het beginsel van proportionaliteit. Tegenover de weggenomen onredelijkheid staat onnodig veel 'nieuwe' onredelijkheid. Het is niet redelijk dat de schuldeiser de schade van de onrechtmatige daad volledig moet dragen terwijl de schuldenaar voor deze schade verantwoordelijk is.

De doorloper selecteert de geschiktste oplossing. Hij hanteert de volgende regel: de geschiktste oplossing is de oplossing waarbij het verschil tussen de weggenomen en gecreëerde onredelijkheid het grootst is.

Het selecteren van de geschiktste oplossing gaat niet gepaard met een nauwkeurige afweging van de omstandigheden van het geval. Dit kan ook nog niet. De doorloper heeft de relevante omstandigheden nog niet geselecteerd (stap 7) en nog geen gewicht aan deze omstandigheden toegekend (stap 8). Het is mogelijk dat de gekozen oplossing achteraf toch niet de geschiktste blijkt te zijn. Dit is geen probleem. De doorloper kan de resterende of nieuwe onredelijkheid later wegnemen. Hij blijft het schema doorlopen tot de rechtsbetrekking niet langer in strijd is met eisen van de redelijkheid en billijkheid of tot er geen onbehandelde oplossingen meer zijn die deze onredelijkheid kunnen wegnemen.

Stap 7. Het selecteren van de relevante omstandigheden in het kader van de gekozen oplossing

De doorloper van het schema selecteert de omstandigheden die relevant zijn in het kader van de in stap 6 gekozen oplossing (stap 7). Hij selecteert zowel de omstandigheden die voor als de omstandigheden die tegen de werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten.

De doorloper bepaalt de werking van de redelijkheid en billijkheid in een *concreet* geval. Hij selecteert daarom de *concrete* omstandigheden. De *abstracte* factoren dienen slechts als referentiepunt en hulpmiddel bij

het selecteren van deze omstandigheden en het bepalen van hun invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De relevante omstandigheden kunnen per oplossing verschillen. Oplossing X kan bijvoorbeeld een specifiek algemeen belang aantasten terwijl oplossing Y dit belang niet aantast.¹⁷² De doorloper dient het belang te selecteren als hij bij stap 6 heeft gekozen voor oplossing X. Hij hoeft dit niet te doen als hij heeft gekozen voor oplossing Y.

Sommige omstandigheden, en de daarbij behorende factoren, zijn standaard relevant. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' beïnvloedt iedere rechtsbetrekking. Daarnaast beïnvloeden de factoren 'rechtsbeginselen' en 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' iedere rechtsbetrekking uit een overeenkomst. Deze factoren pleiten standaard tegen een werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷³

De factoren 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid', 'rechtsbeginselen' en 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' pleiten voor een rechtsbetrekking die zo min mogelijk afwijkt van de in stap 1 vastgestelde rechtsbetrekking. Deze rechtsbetrekking dient te worden onderscheiden van de in stap 2 vastgestelde rechtsbetrekking voor de toepassing van de gekozen oplossing. De in stap 1 en 2 vastgestelde rechtsbetrekkingen kunnen overeen komen. Dit is echter niet noodzakelijk. De in stap 2 vastgestelde rechtsbetrekking kan immers het resultaat zijn van de toepassing van een andere oplossing.

Stap 8. Het wegen van de relevante omstandigheden in het kader van de gekozen oplossing

De doorloper van het schema stelt het gewicht van de geselecteerde omstandigheden vast (stap 8). Het gewicht van deze omstandigheden is afhankelijk van het concrete geval en de in stap 6 gekozen oplossing.

Het is mogelijk om vuistregels te creëren over het relatieve gewicht van de verschillende omstandigheden.¹⁷⁴ Bepaalde omstandigheden leggen in de meeste situaties meer gewicht in de schaal dan andere. Dit is duidelijk als verschillende omstandigheden in elkaars verlengde liggen.

172 Zie § 6.4 over de invloed van algemene belangen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

173 Zie de §§ 1.3.4, 2.5.1, 3.2.2 en 6.4.1.1.

174 Vergelijk Larenz 1991, p. 413, Alexy 2000, p. 297 en Smits 2006, p. 140. Deze bronnen zien niet slechts op afwegingen in de context van de redelijkheid en billijkheid. Zij geven een algemenere beschouwingen over afwegingen. Vergelijk in de context van de topiek Nieuwenhuis 2007, p. 86-87.

'Fundamentele' belangen wegen bijvoorbeeld zwaarder dan zuiver economisch nadeel.¹⁷⁵ Een zeer vertrouwelijke verhouding legt meer gewicht in de schaal dan een verhouding van beperkte samenwerking.¹⁷⁶ Ook over het gewicht van afzonderlijke omstandigheden kan een algemene schatting worden gemaakt. Tijdsverloop legt op zichzelf maar weinig gewicht in de schaal. Het (eventueel door tijdsverloop) opgewekte vertrouwen is belangrijker.¹⁷⁷

Deze vuistregels zijn nuttig. Zij helpen de doorloper bij het bepalen van het gewicht van de verschillende omstandigheden. De regels hebben echter een nadeel. Zij zijn *abstract*. Zij houden geen rekening met het *concrete* geval en de in dit geval gekozen oplossing. In een concrete omstandigheid kunnen bepaalde omstandigheden zwaarder wegen en andere lichter.¹⁷⁸ De vuistregels treden niet in de plaats van de afweging.¹⁷⁹ De doorloper dient het gewicht van een omstandigheid steeds te bepalen aan de hand van de concrete situatie.¹⁸⁰

Alexy's '*Law of Balancing*' houdt beter rekening met het concrete geval. Deze regel is geschreven voor de afweging van constitutionele beginselen. Twee beginselen kunnen in een concreet geval voor tegengestelde uitkomsten pleiten. De door beginsel A bepleite oplossing leidt tot een schending van beginsel B en omgekeerd. Alexy formuleert voor dergelijke gevallen de volgende regel: "*The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.*"¹⁸¹

Het belang van het ene beginsel bepaalt in hoeverre de schending van het andere beginsel geoorloofd is. Alexy weegt twee rechtsbeginselen tegen elkaar af.¹⁸² Bij de toepassingen van de redelijkheid en billijkheid moet de doorloper rekening houden met alle omstandigheden van het geval. Vaak zijn dit er meer dan twee. Toch is de gedachte achter de *Law of Balancing* ook bruikbaar in de context van de redelijkheid en billijkheid. In dit stadium zijn er immers nog maar twee mogelijke uitkomsten. De gekozen oplossing wordt toegepast of de gekozen oplossing wordt niet

175 Smits 2006, p. 140 en § 6.2.2.

176 De §§ 5.2.2 en 5.2.3.

177 § 3.2.2.

178 Vergelijk in de context van rechtsbeginselen ook Scholten 1980, p. 3.

179 Vergelijk Larenz 1991, p. 413.

180 Vergelijk Smith 1998, p. 5 en Alexy (1985) 2010, p. 50. Zie in de context van de rechtszekerheid ook Drion 1981, p. 3.

181 Alexy (1985) 2010, p. 102.

182 Zie ook Kloosterhuis 2006, p. 172-174 voor toepassingen van Alexy's regel in het Nederlandse recht. Ook hier worden steeds maar twee beginselen tegen elkaar afgewogen.

toegepast. De individuele omstandigheden leggen gewicht in de schaal voor één van deze uitkomsten. In het kader van het wegen van de omstandigheden van het geval kan de regel als volgt worden geherformuleerd: *Hoe verder de uitkomst afstaat van een rechtsbetrekking waarin rekening wordt gehouden met de omstandigheid, des te sterker pleit deze omstandigheid tegen deze uitkomst.*

Een omstandigheid pleit voor een rechtsbetrekking waarin rekening wordt gehouden met deze omstandigheid. Zij pleit voor een werking van de redelijkheid en billijkheid die deze rechtsbetrekking benadert. Zij pleit tegen een uitkomst die tot een rechtsbetrekking leidt die hier verder van af staat. Hoe groter het verschil tussen deze rechtsbetrekkingen, des te groter is het gewicht dat de omstandigheid in de schaal legt.

Laat ik dit illustreren met een voorbeeld. Een huurder van een woning komt zijn verplichtingen niet na. Hij raakt in verzuim. De verhuurder vordert op grond van art. 7:231 lid 1 BW ontbinding van de huurovereenkomst bij de rechter. De toewijzing van de vordering zou in dit geval betekenen dat de huurder op straat terecht komt. De huurder stelt dat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

De doorloper van het schema bedenkt twee oplossingen. In oplossing A beperkt de redelijkheid en billijkheid de bevoegdheid tot ontbinding volledig. Zij ontnemt de verhuurder iedere bevoegdheid tot ontbinding. In oplossing B beperkt de redelijkheid en billijkheid deze bevoegdheid gedeeltelijk. Zij geeft de huurder zes maanden om een vervangende woonruimte te vinden. Tegenover deze oplossingen staat uitkomst C: het staat de verhuurder vrij om zijn bevoegdheid uit te oefenen.

Ter verduidelijking: in dit voorbeeld vergelijk ik drie mogelijke uitkomsten. Ik doe dit om te illustreren hoe de keuze voor een oplossing het gewicht van de omstandigheden beïnvloedt. Bij het doorlopen van het stappenplan zouden er bij deze stap nog maar twee uitkomsten over zijn. De doorloper zou bij stap 6 moeten kiezen voor oplossing A of oplossing B.

De rechtszekerheid, en dus de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid',¹⁸³ pleit tegen beide oplossingen. Zij pleit voor een rechtsbetrekking waarin het de verhuurder vrij staat om zijn opzeggingsbevoegdheid uit te oefenen. De uitkomst van oplossing A staat ver af van deze rechtsbetrekking. De redelijkheid en billijkheid beperkt de bevoegdheid volledig. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'

183 § 6.4.1.1.

legt veel gewicht in de schaal tegen deze oplossing. De uitkomst van oplossing B staat minder ver af van de door de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' bepleite rechtsbetrekking. De bevoegdheid blijft bij deze oplossing bestaan. Zij wordt 'slechts' geclausuleerd. De factor legt nu minder gewicht in de schaal.

'Fundamentele' belangen, zoals het belang van huisvesting, verdienen meer bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid dan minder belangrijke belangen. Het fundamentele belang, en dus de factor 'soort belang',¹⁸⁴ pleit voor een rechtsbetrekking waarin de huurder niet zo maar op straat kan worden gezet. Uitkomst C staat ver af van deze rechtsbetrekking. Het fundamentele belang legt daarom veel gewicht in de schaal tegen deze uitkomst. Een verandering van de omstandigheden leidt tot een verandering van het gewicht van dit belang. Stel dat de huurder een student is en terug kan gaan naar zijn ouders. De huurder heeft in dat geval een veel minder groot belang bij het behoud van zijn woonruimte. Hij belandt immers niet op straat. Het belang legt in dit geval minder gewicht in de schaal tegen uitkomst C.

De doorloper van het schema dient rekening te houden met de in § 1.5.2 beschreven overlappingsen. Een omstandigheid die in het kader van twee *overlappende* factoren van belang is, dient niet dubbel te worden gewogen.

Ik geef een voorbeeld. De 'omvang' van een 'fundamenteel' belang is dikwijls groot. De factoren 'omvang belang' en 'soort belang' verklaren beide de relevantie van de aantasting van dit belang.¹⁸⁵ Beide factoren werken op dezelfde manier: zij beschermen de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking. Zij overlappen elkaar. De doorloper dient niet zowel aan de 'omvang' als aan de 'soort' van het belang het volle gewicht toe te kennen. Hij dient dezelfde concrete omstandigheid niet twee keer te wegen omdat de omstandigheid onder twee abstractere factoren valt.

Stap 8 lijkt onder hetzelfde probleem als stap 3. De stap is subjectief. Hoe bepaalt de doorloper in welke mate het vertrouwen is geschonden? Wat is het 'gewicht' van deze schending? Hoe verhoudt dit gewicht zich tot het gewicht van andere omstandigheden? Het is niet mogelijk om deze vragen met wiskundige objectiviteit te beantwoorden. Een partij bij de rechtsbetrekking beschouwt de omstandigheden die in zijn voordeel

184 § 6.2.2.

185 De §§ 6.2.1 en 6.2.2.

pleiten al snel als uitermate belangrijk en gewichtig. Zij kan geneigd zijn het belang van de tegengestelde omstandigheden te bagatelliseren.¹⁸⁶

Stap 9 en 10. Het afwegen van de verschillende mogelijke uitkomsten

De doorloper van het schema bepaalt bij stap 8 het gewicht van alle relevante omstandigheden. Hij weegt vervolgens de mogelijke uitkomsten tegen elkaar af (stap 9). De doorloper past de gekozen oplossing niet toe als de omstandigheden die tegen deze oplossing pleiten zwaarder wegen dan de omstandigheden die voor de oplossing pleiten. De bij stap 2 vastgestelde rechtsbetrekking blijft van kracht. De doorloper gaat in dit geval terug naar stap 4. Hij krijgt nog eens de kans om na te denken over de mogelijke oplossingen. Het is daarnaast mogelijk dat er nog al bedachte maar nog niet behandelde oplossingen bestaan (stap 5).

De doorloper past de gekozen oplossing toe als de omstandigheden die voor deze oplossing pleiten zwaarder wegen dan de omstandigheden die tegen de oplossing pleiten. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt de rechtsbetrekking (stap 10). De doorloper stelt vervolgens de rechtsbetrekking opnieuw vast (stap 2) en beoordeelt of deze rechtsbetrekking in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid (stap 3).

De rechtsbetrekking is na de toepassing van de oplossing niet noodzakelijk in overeenstemming met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De oplossing kan de onredelijkheid bijvoorbeeld slechts gedeeltelijk hebben weggenomen. Zij kan daarnaast tot 'nieuwe' onredelijkheid leiden. De oplossing kan leiden tot een rechtsbetrekking die onredelijk is voor de eerder onredelijk beoordeelde partij.

Stap 11. De geldende rechtsbetrekking

Op een gegeven moment is de rechtsbetrekking niet langer in strijd met de redelijkheid en billijkheid (stap 3) of zijn er geen oplossingen meer die de onredelijkheid kunnen wegnemen (stap 5). De rechtsbetrekking, inclusief een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid, blijft van kracht. De doorloper van het schema kent nu de invloed van de redelijkheid en billijkheid op de rechtsbetrekking (stap 11).

186 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1032-1033 (T.M.), Brunner 1988, p. 460 en Wachter 1993, p. 84.

Stap 12, 13, 14 en 15. Erkenning van de geldende rechtsbetrekking door de andere betrokken partijen

De redelijkheid en billijkheid is een rechtsnorm. Per concreet geval is er maar één conclusie over de werking van de redelijkheid en billijkheid juist. De doorloper van het schema is in het ideale geval tot deze conclusie gekomen. De werking van de redelijkheid en billijkheid is echter niet altijd even duidelijk. Zij is afhankelijk van de steeds wisselende omstandigheden van het geval. Het subjectieve oordeel van de doorloper kan zijn beoordeling bovendien beïnvloeden.

De doorloper kan betrokken zijn bij een rechtsbetrekking. Hij kan proberen zijn wederpartij aan de rechtsbetrekking, inclusief de werking van de redelijkheid en billijkheid, te houden. Het is echter mogelijk dat de wederpartij hier niet in meegaat. De wederpartij kan tot een andere conclusie over de werking van de redelijkheid en billijkheid zijn gekomen.

De doorloper moet zijn conclusie vergelijken met de conclusie van de andere betrokken partijen (stap 12).¹⁸⁷ De conclusies kunnen overeenkomen. De partijen kunnen het eens zijn over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De werking van de redelijkheid en billijkheid komt in dat geval overeen met de gezamenlijke conclusie van de partijen (stap 15). Komen de conclusies niet overeen, dan kunnen de partijen alsnog proberen tot een vergelijk te komen (stap 13). Als de partijen hierin slagen bepaalt dit vergelijk de werking van de redelijkheid en billijkheid (stap 15). Kunnen partijen het niet eens worden, dan moeten zij hun geschil uitvechten voor de rechter.¹⁸⁸ Deze rechter kan de werking van de redelijkheid en billijkheid achterhalen door het schema te doorlopen (stap 14). De conclusie van de rechter bepaalt de werking van de redelijkheid en billijkheid (stap 15).

1.7 Plan van aanpak

In de vorige paragrafen heb ik verschillende algemene opmerkingen gemaakt over de redelijkheid en billijkheid. In de komende hoofdstukken behandel ik de verschillende factoren die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Ik beschrijf in deze paragraaf hoe ik deze factoren ga behandelen.

187 In het geval dat er meer dan twee partijen bij een rechtsbetrekking zijn betrokken moeten de conclusies van al deze partijen worden meegenomen.

188 Of voor een andere derde. Bijvoorbeeld door middel van arbitrage of een vaststellingsovereenkomst.

Ik selecteer de relevante omstandigheden aan de hand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie.¹⁸⁹ Ik breng hierbij het onbeperkte aantal concrete omstandigheden terug tot een beperkt aantal abstractere factoren.¹⁹⁰ Ik begin per factor met een algemene beschrijving van de factor. Ik beschrijf welke concrete omstandigheden onder de factor vallen. Vervolgens bespreek ik de invloed van de factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef per factor ten minste twee voorbeelden waarin deze factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Met deze voorbeelden wil ik de hypothese bij subvraag A testen: *iedere factor speelt een rol bij ten minste twee afzonderlijke werkingen van de redelijkheid en billijkheid*. De hypothese is gefalsificeerd als het niet mogelijk is om bij iedere factor twee voorbeelden te geven.

Uit § 1.2 blijkt dat de redelijkheid en billijkheid een breed toepassingsgebied heeft. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt het recht zowel via algemene normen als via de ‘precisering’ en ‘kristallisatie’ van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef dan ook zowel voorbeelden uit het algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht als uit de toepassing van specifiekere normen. Uit § 1.3.4 blijkt dat een onderscheid tussen de verschillende functies van de redelijkheid en billijkheid niet nodig is.

Uit § 1.2.7 blijkt dat de omstandigheden die de werking redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol kunnen spelen bij andere vormen van ongeschreven recht. Deze stelling kan echter nog algemener worden geformuleerd: de omstandigheden die de werking redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, spelen een rol in het gehele recht. Per factor geef ik ten minste één voorbeeld waarin deze factor een rol speelt buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik wil hiermee de hypothese bij subvraag B testen: *iedere factor speelt ook een rol op een andere plaats in het Nederlandse recht*. De hypothese is gefalsificeerd als het niet mogelijk is om bij iedere factor een voorbeeld te geven.

Ook buiten Nederland beïnvloeden de omstandigheden van het geval de werking van het recht. Zij kunnen invloed uitoefenen op een leerstuk dat is te vergelijken met de Nederlandse redelijkheid en billijkheid. Dit hoeft echter niet zo te zijn: de omstandigheden van het geval kunnen het recht ook op een andere manier beïnvloeden. Ik geef per factor ten minste één voorbeeld waarin deze factor een rol speelt in een niet-Nederlands rechtstelsel. Hiermee wil ik de hypothese bij subvraag C testen: *iedere factor speelt ook een rol in een niet-Nederlands rechtstelsel*. De

189 § 1.4.1.4.

190 Zie de ‘inleiding en vraagstelling’ en § 1.5.1.

hypothese is gefalsificeerd als het niet mogelijk is om bij iedere factor een voorbeeld te geven.

Uit § 1.5.2 blijkt dat een omstandigheid dikwijls op verschillende manieren benaderd kan worden. Uit § 1.5.3 blijkt dat dit voor onduidelijkheid kan zorgen. De verschillende factoren kunnen dikwijls worden ‘vertaald’ in een andere factor. De volgende hoofdstukken laten dit zien. Per factor behandel ik de belangrijkste overlappingsen met andere factoren. Ik wil op deze manier de genoemde onduidelijkheid wegnemen en de overlap tussen de verschillende benaderingen blootleggen. Ten slotte onderzoek ik of een beroep op de factor duidelijk en direct is. Ik gebruik hiervoor de criteria uit § 1.5.4. Ik onderzoek of een beroep op de factor in bepaalde situaties de voorkeur verdient boven één van zijn ‘vertalingen’. Hiermee wil ik de hypothese bij subvraag D testen: *de relevantie van iedere omstandigheid kan door verschillende factoren worden verklaard, een scherp onderscheid tussen deze factoren verduidelijkt de rol van de omstandigheden van het geval*. De hypothese kan op verschillende manieren worden gefalsificeerd. Zij is gefalsificeerd als er een omstandigheid bestaat waarvan de relevantie niet door verschillende factoren kan worden verklaard. Zij is daarnaast gefalsificeerd als het niet mogelijk is om bij iedere overlapping de ‘beste benadering’ in de zin van § 1.5.4 aan te wijzen.

Om de verschillende hypothesen te testen, geef ik *voorbeelden*. Dit onderzoek pretendeert geen overzicht te geven van de invloed van iedere factor op iedere mogelijke werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent niet dat de voorbeelden willekeurig zijn gekozen. Ik probeer bij de selectie van de voorbeelden recht te doen aan de verschillende manieren waarop een bepaalde factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

Ik behandel op deze manier iedere *factor*. Daarnaast behandel ik iedere *hoofdcategorie*. Ieder hoofdstuk begint met een beschrijving van de in dat hoofdstuk behandelde hoofdcategorie en eindigt met een conclusie. In deze conclusie bespreek ik de invloed van de categorie op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef aan in welke gevallen een beroep op de bij de hoofdcategorie behorende factoren de voorkeur verdient.

Ik begin met de hoofdcategorie ‘normen’ (hoofdstuk 2). Deze categorie biedt een theoretisch beginpunt. Moraal en de redelijkheid en billijkheid zijn verbonden. De werking van de redelijkheid en billijkheid is in de eerste plaats afhankelijk van morele regels.¹⁹¹ De invloed van de in Nederland levende rechtsovertuigingen en rechtsbeginselen blijkt daarnaast uit art. 3:12 BW. Hierna volgen drie concretere hoofdcategorieën:

191 § 2.2.

‘gedragingen en gebeurtenissen’, ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ en ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ (de hoofdstukken 3, 4 en 5). Vervolgens bespreek ik de invloed van de hoofdcategorie ‘belangen’ (hoofdstuk 6). De redelijkheid en billijkheid beschermt rechtens relevante belangen. Zij verbindt gevolgen aan de overige omstandigheden om deze belangen te beschermen. De belangen oefenen daarnaast zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik behandel ten slotte de categorie ‘evenwicht’ (hoofdstuk 7). Deze hoofdcategorie is te beschouwen als een restcategorie. Zij behandelt het relatieve aspect van verschillende in de andere hoofdcategorieën behandelde factoren.

HOOFDSTUK 2

NORMEN

2.1 Inleiding

De hoofdcategorie ‘normen’ omvat alle regels die invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij omvat rechtsnormen zoals wetsbepalingen.¹ Morele regels en gedeelde opvattingen vallen echter ook onder de benaderingswijze.² De categorie omvat zowel algemeen geldende normen als de normen die slechts in een bepaalde kring van de maatschappij gelden.³ Zij omvat daarnaast normen die worden geformuleerd voor een concreet geval. Zo beïnvloeden ook de uitspraken van rechters de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴

De hoofdcategorie ‘normen’ lijkt voor een opmerkelijke benaderingswijze te staan. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Is een norm wel een ‘omstandigheid van het geval’? Normen bestaan immers onafhankelijk van het geval. Daarbij beïnvloeden rechtsnormen de rechtsbetrekking onafhankelijk van de redelijkheid en billijkheid.

Toch beïnvloeden normen de werking van de redelijkheid en billijkheid wel degelijk. Niet iedere norm beïnvloedt de rechtsbetrekking direct. Deze normen kunnen via de redelijkheid en billijkheid toch invloed uitoefenen. Sommige normen zijn naar hun aard niet bedoeld om de rechtsbetrekking direct te beïnvloeden. Morele normen hebben bijvoorbeeld geen directe werking.⁵ Rechtsbeginselen zijn te algemeen voor onverkorte directe toepassing.⁶ Ook ‘soft law’ zoals de *Corporate Governance Code* beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷

1 § 2.5.

2 De §§ 2.2 en 2.3.

3 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.3.2 en 2.3.3.

4 § 2.4.

5 Zie § 2.2 over de invloed van regels van moraal op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

6 § 1.4.1.1. Zie § 2.5.1 over de invloed van rechtsbeginselen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

7 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO).

Ook normen met rechtstreekse werking kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Zij kunnen deze invloed uitoefenen als zij in het concrete geval *geen* rechtstreekse werking hebben. De op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde privaatrechtelijke zorgplicht van een bank is bijvoorbeeld mede afhankelijk van de voor haar geldende publiekrechtelijke gedragsregels.⁸

Ten slotte kunnen ook normen *met* rechtstreekse invloed op de rechtsbetrekking in het concrete geval de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De norm en zijn ‘kenmerken’ kunnen voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten. De strekking van een norm beïnvloedt bijvoorbeeld de eventuele conversie op grond van art. 3:42 BW.⁹

Normen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als zij op enige manier bij het concrete geval zijn betrokken. Zij kunnen dat op verschillende manieren zijn. Allereerst kan de norm de verwachtingen en gedragingen van de betrokken partijen beïnvloeden. Chinese maatstaven kunnen bijvoorbeeld van belang zijn als twee Chinezen twisten over de arbeidsverhouding in een Chinees restaurant.¹⁰

Een norm is daarnaast bij het geval betrokken als een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid haar rechtsgevolgen beïnvloedt. De kenmerken van de norm beïnvloeden deze eventuele werking. Het dwingendrechtelijke karakter van een norm pleit bijvoorbeeld tegen een beperking van de rechtsgevolgen van deze norm.¹¹ Normen kunnen daarnaast bij het geval betrokken zijn vanwege hun plaats en functie in het rechtstelsel. Het ‘stelsel van de wet’ kan bijvoorbeeld pleiten voor de doorwerking van een beding tegenover een derde.¹² De aantasting van een specifiek belang pleit voor de relevantie van een norm die dit belang tracht te beschermen.¹³

Ook de kenmerken van een partij kunnen leiden tot de betrokkenheid van een norm. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid als één van de partijen een overheid is.¹⁴ Ten slotte zijn beginselen en andere ‘brede’

8 Rb. Utrecht 23 februari 2005, *JOR* 2005, 125 (*Neomet/Van Lanschot*), Hof Leeuwarden 7 juni 2011, *JOR* 2011, 259 (*A/ABN Amro*) en Cherednychenko 2012b, p. 230. Vergelijk ook HR 23 mei 1997, *NJ* 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*) en HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*).

9 Zie noot 137 en § 2.5.

10 HR 18 november 1983, *NJ* 1984, 345 (*Shu/Lam*) en § 2.5.3.

11 Zie noot 134 en § 2.5.

12 HR 20 juni 1986, *NJ* 1987, 35 (*Citronas*).

13 Vergelijk HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*).

14 Zie noot 174 en de §§ 2.5.1 en 4.3.

normen bij het geval betrokken als zij in het concrete geval worden geschonden. Het gelijkheidsbeginsel is bijvoorbeeld van toepassing als gelijke arbeid niet op gelijke wijze wordt beloond.¹⁵

De redelijkheid en billijkheid eist dat de partijen rekening houden met de betrokken normen. Zij werkt in het nadeel van de partij die deze normen overschrijdt. Verschillende typen normen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik behandel achtereenvolgens de invloed van morele regels (§ 2.2), ‘gedeelde opvattingen’ (§ 2.3), de oordelen van een autoriteit (§ 2.4) en rechtsnormen (§ 2.5). In § 2.6 volgt een conclusie over de hoofdcategorie ‘normen’.

2.2 Moraal

Een enkele opmerking vooraf. Ik gebruik in deze paragraaf het begrip ‘moraal’. Deze term kan worden vervangen door verwante begrippen als ‘billijkheid’, ‘ethiek’, ‘natuurrecht’, ‘gerechtigheid’, ‘goede zeden’ en ‘fatsoen’. Ook deze begrippen verwijzen naar opvattingen over goed en kwaad. De factor ‘moraal’ heeft daarnaast betrekking op de invloed van religieuze maatstaven. Ik ga hierbij niet in op de vraag in hoeverre de relevante religieuze gemeenschap deze maatstaven als regels van moraal beschouwt.

Wat is ‘redelijk’? Wat is ‘billijk’? Dit zijn in de eerste plaats vragen van moraal. Het is immers ‘billijk’ als er ‘rechtvaardigheid’ of ‘gerechtigheid’ wordt nagestreefd. ‘Redelijk’ handelen is ‘goed’ of ‘juist’ handelen. Moraal en redelijkheid en billijkheid zijn dan ook verbonden.¹⁶ In deze benadering heeft de factor ‘moraal’ een overheersende invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. ‘Moraal’ is de oorspronkelijke factor. De meeste andere factoren zijn hiervan afgeleid. Algemene belangen, zoals de rechtszekerheid en het belang van het handelsverkeer, vormen een uitzondering.¹⁷ Het behartigen van deze belangen kan leiden tot onrechtvaardigheid in het concrete geval.

De factor ‘moraal’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁸ Niet iedereen heeft dezelfde opvattingen over moraal. Algemeen gedeelde regels van moraal zijn niet gemakkelijk te formuleren

15 Zie noot 172 en § 2.5.1.

16 Van der Ley 1899, p. 15, Van der Heijden 1933, p. 12, Van der Grinten 1949, p. 436, 442 en 450, Rutten 2003, p. 525 en Van Zaltbommel 1993, p. 163. Volgens anderen verwijst de redelijkheid en billijkheid naar ongeschreven *recht*. Zie § 2.5.

17 Zie de §§ 6.4, 6.4.1.1 en 6.4.4.

18 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1035 (M.v.A. II).

zonder te vervallen in nietszeggende algemeenheden. De vraag is *welke* moraal de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Het antwoord op deze vraag is in ieder geval niet het subjectieve oordeel van een eenling. Art. 3:12 BW is juist ingevoerd om te voorkomen dat dergelijke individuele subjectieve oordelen invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹

De algemeen gedeelde morele regels kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De christelijke moraliteit speelt een rol bij het bepalen van deze regels. Zij is echter niet beslissend.²⁰ De morele regels van een minderheid kunnen, als deze minderheid bij het geval is betrokken, de werking van de redelijkheid en billijkheid ook beïnvloeden.²¹ Ik geef enkele voorbeelden. Religieuze maatstaven die gelden in het milieu van de gelaedeerde beïnvloeden de vaststelling van de immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW. De rechterhand neemt volgens de islamitische religieuze maatstaven een belangrijkere plaats in dan de onrein geachte linkerhand. De omstandigheid dat de gelaedeerde een moslim is, pleit daarom voor een hogere schadevergoeding voor het verlies van de top van de wijsvinger van haar rechterhand.²² De religieuze maatstaven van een werknemer beïnvloeden daarnaast het antwoord op de vraag of er sprake is van een dwingende reden voor ontslag in de zin van art. 6:678 lid 1 BW. De werkgever kan in redelijkheid niet van de werknemer verlangen dat hij, nadat hij tijdig en onder opgaaf van redenen verlof heeft gevraagd, aanwezig is op een voor hem belangrijke godsdienstige feestdag.²³

De factor 'moraal' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een dringende morele verplichting leidt tot het ontstaan van een natuurlijke verbintenis.²⁴ Strijd met de goede zeden leidt tot de nietigheid van een rechtshandeling.²⁵ 'Goede zeden' verwijst naar morele

19 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1032-1034 (T.M., V.V. II en M.v.A. II), Kisch 1955, p. 151-153, Van Zaltbommel 1993, p. 28 en 59 en Stein (*Vermogensrecht*), art. 3:12 BW, aantekeningen 14 en 21. Vergelijk ook Smith 1998, p. 171, Wiarda/Koopmans 1999, p. 83-86 en Bakker 2012, p. 12.

20 Vergelijk bijvoorbeeld Van der Grinten 1949, p. 450 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 331.

21 Rutten 2003, p. 530 en 532.

22 Rb. Zwolle 28 augustus 1996, NJ 1997, 537 (*Erbilici/Van der Sluis Verenigde Tabaks- en Sigarenfabrieken*). Art. 6:106 BW is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid

23 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (*Venhorst/Inan*). Art. 7:678 lid 1 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

24 Art. 6:3 lid 2 sub b BW en HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 (*K/Gouda*).

25 Art. 3:40 lid 1 BW.

regels. Het begrip verwijst naar het maatschappelijke oordeel over wat behoort.²⁶ Morele regels hebben invloed op het gehele recht. Veel rechtsregels zijn een weergave van een morele regel.²⁷ Dit geldt niet voor alle regels. Ook algemene belangen als de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht spelen een rol bij het formuleren van rechtsnormen.²⁸

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Ook buitenlandse auteurs koppelen moraal aan (de buitenlandse varianten op) de redelijkheid en billijkheid.²⁹ De rol van moraal blijkt eveneens uit verschillende buitenlandse wetteksten. De verschillende buitenlandse varianten op art. 3:40 BW verwijzen naar een begrip dat vergelijkbaar is met goede zeden of moraal.³⁰ Een dergelijke verwijzing ontbreekt in de PECL en het DCFR. De projecten verwijzen in plaats daarvan naar *principle(s) recognised as fundamental in the laws (...)*. Zij verwijzen dus naar rechtsbeginselen. Zij kiezen voor deze formulering om de verschillende nationale rechtsfiguren te vermijden.³¹

De factor 'moraal' vertoont een overlap met andere factoren. Ik bespreek de overlap met de factoren 'verwijtbare gedragingen' en 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' in de §§ 3.2.1 en 3.2.2.

Andere factoren werken de factor 'moraal' uit. Bijna iedere relevante factor kan worden 'vertaald' in een morele regel. De 'moraliteit' of de 'rechtvaardigheid' gebiedt bijvoorbeeld dat een professionele partij minder bescherming krijgt dan een particulier. De factor 'moraal' vertoont dus een overlap met de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit'.³² Een beroep op de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' is echter directer. De morele norm beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* er een professionele partij bij de rechtsbetrekking is betrokken.

26 Van der Ley 1899, p. 56, Suijling 1934, p. 129-131, Van den Brink 2002, p. 194 en 209, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 330, Kemp 2012, p. 29 en Van Kooten (*Vermogensrecht*), art. 3:40 BW, aantekening 7.2. Petit stelt dat het begrip goede zeden naar rechtsnormen verwijst. Zie Petit 1920, p. 1-21. Zie ook § 2.5 over de verhouding tussen regels van moraal en ongeschreven rechtsnormen.

27 Vergelijk Van der Ley 1899, p. 4-8 en 17-18, Van der Heijden 1933, p. 13, Van der Grinten 1949, p. 450, Hesselink 1999, p. 415-416, Van den Brink 2002, p. 174-175, Smith 2007, p. 22, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 311 en Verheugt 2011, p. 3.

28 Van der Ley 1899, p. 3-7 en 17-19, Houwing 1947, p. 16 en Asser/Vranken 1995 (*Algemeen deel**), nr. 103.

29 Zie bijvoorbeeld Hesselink 1999, p. 30-33, 43-44 en Wilhelmsson 1999, p. 179-180.

30 Van den Brink 2002, p. 133-163, PECL 2003, p. 212-213 en DCFR 2010, p. 537-538.

31 De artt. 15:101 PECL en II-7:301 (a) DCFR, PECL 2003, p. 211 en DCFR 2010, p. 536.

32 § 4.2.

Een beroep op de factor 'moraal' is daarnaast onduidelijk. Een beroep op een morele regel is een beroep op een oordeel over goed en kwaad. Opvattingen over goed en kwaad lopen echter sterk uiteen. Partijen kunnen twisten over de rechtvaardigheid van het verlenen van extra bescherming aan een particulier. Het is echter duidelijk dat de eigenaar van een elektronicawinkel professioneler is dan zijn klant. De professionaliteit van een partij is objectiever vast te stellen dan de eisen van moraal. Een beroep op de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' verdient daarom de voorkeur.

Een beroep op de factor 'moraal' is om nog een reden onduidelijk. Veel rechtsregels zijn een weergave van morele regels. De redelijkheid en billijkheid kan de rechtsgevolgen van een rechtsnorm beperken. Een beroep op de factor 'moraal' leidt tot de paradoxale situatie dat moraal een reden is om af te wijken van morele regels.

Een beroep op de factor 'moraal' verklaart de invloed van de afwijkende morele regels van een minderheid. Dit geeft de factor een zelfstandige rol. De afwijkende normen zijn niet neergelegd in de wet. De invloed van deze regels blijkt ook niet uit een beroep op andere factoren. De invloed van deze factoren is immers afhankelijk van de 'algemene' morele regels. De afwijkende morele regels kunnen juist leiden tot een werking van de redelijkheid en billijkheid die afwijkt van deze algemene regels.

De factor 'moraal' is een beginpunt. Hij biedt een theoretisch kader. De factor heeft echter maar een beperkte invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid in een concrete rechtsbetrekking. Andere factoren werken de algemene morele normen uit. Een beroep op deze factoren is duidelijker en directer. Een beroep op de factor 'moraal' verdient slechts de voorkeur indien het een beroep is op de afwijkende morele regels van een minderheid.

2.3 Algemeen gedeelde opvattingen

Algemeen gedeelde opvattingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik bespreek in de komende subparagrafen de invloed van in Nederland levende rechtsovertuigingen (§ 2.3.1), verkeersopvattingen (§ 2.3.2) en gewoonten (§ 2.3.3).

Het is mogelijk om de factoren 'moraal' en 'rechtsbeginselen' bij deze subcategorie in te delen. Toch zou dit niet zuiver zijn. De in deze subcategorie ingedeelde normen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* een bepaalde groep deze normen deelt. Dit geldt

niet voor morele regels en rechtsbeginselen. Rechtsbeginselen vloeien voort uit het recht.³³ Morele regels kunnen zowel worden gebaseerd op gedeelde opvattingen over wat behoort als op een universele moraal.³⁴ De invloed van deze normen is *tenminste in theorie* niet afhankelijk van hun acceptatie.

2.3.1 In Nederland levende rechtsovertuigingen

Een opmerking vooraf. Ik gebruik in deze paragraaf de term ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Dit begrip gebruik ik om aan te sluiten bij de tekst van art. 3:12 BW. De naam van deze factor kan worden vervangen door ‘maatschappelijke overtuigingen’, ‘algemene gezichtspunten’ of ‘*topoi*’. Ook deze termen verwijzen naar overtuigingen die in een bepaalde groep worden gedeeld. De in Nederland levende rechtsovertuigingen kunnen het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden bepalen. Ik heb deze ‘*topoi* benadering’ in § 1.4.1.2 beschreven en verworpen.

De factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze invloed blijkt in de eerste plaats uit art. 3:12 BW. De term ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ maakt, samen met ‘algemeen erkende rechtsbeginselen’, duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid niet afhankelijk is van het ‘particulier autonome billijkheidsoordeel’ maar van het ‘generaal-heteronome billijkheidsoordeel’.³⁵ Het billijkheidsoordeel van de eenling is niet van belang, het billijkheidsoordeel van ‘de maatschappij’ wel. Dit betekent overigens niet dat alleen algemeen gedeelde overtuigingen de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden. De overtuigingen van een beperktere groep kunnen, net zoals bij de factoren ‘moraal’, ‘verkeersopvattingen’ en ‘gewoonten’, ook een rol spelen.³⁶ Een groep kan bijvoorbeeld bestaan uit bepaalde bedrijfstak of een etnische of religieuze minderheid. Hij moet wel op enige manier bij het geval zijn betrokken.³⁷ Hij is bijvoorbeeld bij het concrete geval betrokken als de partijen bij de rechtsbetrekking tot de groep behoren.

33 De §§ 1.4.1.1 en 2.5.1.

34 Zie ook § 2.2. Ik ga verder niet in op de bron van moraal. Dit zou de grenzen van deze studie overschrijden.

35 Zie noot 19.

36 De §§ 2.2, 2.3.2 en 2.3.3.

37 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1036-1037 (M.v.T. Inv.), Dubbink 1990, p. 377 en Rutten 2003, p. 526.

Hoe worden de in Nederland levende rechtsovertuigingen vastgesteld? De rechtsovertuigingen worden in ieder geval *niet* vastgesteld door het leveren van bewijs in een gerechtelijke procedure. Rechtsovertuigingen zijn juridische kwesties en lenen zich niet voor bewijs.³⁸ Hoe dan wel? De rechter stelt de overtuigingen dikwijls vast aan de hand van het oordeel van een autoriteit.

Ik geef enkele voorbeelden. De in Nederland levende rechtsovertuigingen, vastgesteld aan de hand van een oordeel van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf, verzetten zich tegen (een beroep op) een beding waarin de termijn waarbinnen de verzekerde zijn recht geldend kan maken, wordt verkort tot zes maanden of één jaar.³⁹ De *Corporate Governance Code* geldt als een uiting van de in Nederland levende rechtsovertuigingen over de verhoudingen tussen de bij een vennootschap betrokken personen en partijen. Het ontbreken van steun in deze code voor een buitenwettelijk goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders pleit tegen het aannemen van een dergelijk recht op grond van art. 2:8 BW.⁴⁰ De uitkomst van onderhandelingen tussen maatschappelijke organisaties met een grote achterban geldt dan weer niet, of tenminste niet altijd, als een weergave van de in Nederland levende rechtsovertuigingen, ook niet als deze uitkomst algemeen verbindend is verklaard. Zo is de 'Duisenberg-regeling', overeengekomen met Stichting Leaseverlies, Stichting Eegalease, de Consumentenbond en de VEB en verbindend verklaard door het Hof Amsterdam, geen weergave van de rechtsovertuigingen ten aanzien van de schadevergoedingsplichten bij effectenleaseproducten.⁴¹

Ook de rechtswetenschap kan een rol spelen bij het vaststellen van de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Ik behandel hier de overtuigingen van 'de rechtswetenschap' als maatschappelijk verschijnsel. Dat wil zeggen: ik bespreek hier niet de rechtsgeleerde mening van een bepaalde wetenschapper maar 'de heersende leer' als samenvoeging van de verschillende rechtsgeleerde meningen.⁴² De gemeenschappelijke overtuigingen van de rechtswetenschap, de *communis opinio*, beïnvloeden het recht sterker dan andere in Nederland levende overtuigingen.

38 Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249 (*Kelly*), overwegingen 27 en 28.

39 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (*Kroymans/Sun Alliance*) en HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 (*Witte/Alte Leipziger*).

40 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (*ABN AMRO*).

41 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*).

42 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 94. Vergelijk ook Hondius 2007, p. 19-20 over de invloed van de rechtswetenschap op 'general principles'.

Dit heeft verschillende oorzaken. Allereerst zijn de rechtsovertuigingen van de rechtswetenschap beschikbaar en toegankelijk. 'De maatschappij' formuleert geen in Nederland levende rechtsovertuigingen. Rechtsgeleerde rechtsovertuigingen zijn juist duidelijk geformuleerd.⁴³ Zij zijn te vinden in de rechtsgeleerde literatuur, een medium dat rechters en andere juristen goed kennen. Daarnaast zijn de rechtsovertuigingen van de rechtswetenschap in hoge mate geschikt om het recht te beïnvloeden. De overtuigingen houden rekening met (het stelsel van) het huidige recht. Zij zijn hierdoor gemakkelijk in het recht in te passen. De rechter verwijst in enkele uitspraken naar de rechtswetenschap.⁴⁴ Ook daarbuiten beïnvloedt de rechtswetenschap de rechtspraak. De rechtswetenschap vervult een adviserende rol.⁴⁵ Deze rol blijkt dikwijls uit de conclusie van de Advocaat-Generaal. Veel van deze conclusies verwijzen naar rechtsgeleerde literatuur.⁴⁶

De invloed van de rechtswetenschap werkt ook indirect. Juristen zijn doordrenkt van de rechtswetenschap. Zij maken in hun studie kennis met haar. Ook daarna beïnvloedt de rechtswetenschap de juridische overtuigingen van juristen. Juristen beïnvloeden vervolgens het recht. Uiteindelijk beïnvloeden de rechtsovertuigingen van de rechters, en dan vooral de raadsheren van de Hoge Raad, de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁷ De rechter beslist als de partijen twisten over de rechtsovertuigingen en hun invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval. Hij laat zich hierbij inspireren door de opvattingen die leven binnen zijn beroepsgroep en het juridisch forum.⁴⁸

De factor 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De overtuigingen zijn voor een

43 Vergelijk Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 96. Scholten schrijft dat de wetenschap de enige is, die regels op dit gebied opstelt.

44 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 1901, W 7555, 2, Hof 's-Gravenhage 15 maart 1910, W 8984, 2 (*Boigelot/Adriette Francina*), Rb. Maastricht 20 januari 1921, NJ 1921, 1084 (*Gillissen/Gillissen*), Rb. Amsterdam 17 april 1925, NJ 1925, 861 (*Papadopoulos/Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij*), Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 1970, NJ 1971, 135 (*Van Steenberghe/Coolen*), Rb. Haarlem 4 mei 1982, NJ 1983, 396 (*Stalen Steiger Holland/Steen*), Rb. Assen 23 juni 1998, NJ 1998, 791 (*Luten/Schiphorst*) en Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2012, LJN BW0028 (*Scheuten/Cetema*).

45 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 94-95.

46 Ik heb deze stelling getest door alle conclusies bij civielrechtelijke zaken in de afleveringen 33 en 34/35 van jaargang 2011 van de NJ te lezen. Al deze conclusies verwijzen naar rechtsgeleerde literatuur.

47 Vergelijk § 2.4.

48 Vergelijk Asser/Vranken 1995 (*Algemeen deel***), nr. 104. Vergelijk in de context van verkeersopvattingen ook Rogmans 2007, p. 31.

gedeelte neergelegd in de wet.⁴⁹ Zij beïnvloeden daarnaast de werking van andere vormen van ongeschreven recht.⁵⁰ Vooral de term ‘goede zeden’ is afhankelijk van algemene overtuigingen. Goede zeden zijn immers afhankelijk van *maatschappelijke* opvattingen over wat behoort.⁵¹ De in Nederland levende rechtsovertuigingen beïnvloeden daarnaast de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid.⁵² Ook hier geldt dat de in Nederland levende overtuigingen kunnen blijken uit het oordeel van een gezaghebbende instantie. De ‘journalistieke maatstaven’ blijken bijvoorbeeld uit de Leidraad voor de Raad van de Journalistiek.⁵³ De ‘maatschappelijke opvattingen omtrent de ernst van bodemverontreiniging’ kunnen naar voren komen uit parlementaire stukken.⁵⁴ Ook het antwoord op de vraag of er is voldaan aan het vereiste van art. 6:163 BW, is onder andere afhankelijk van maatschappelijke opvattingen.⁵⁵ Ten slotte is het bestaan van een natuurlijke verbintenis afhankelijk van *maatschappelijke opvattingen*.⁵⁶

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Looschelders en Olzen schrijven dat de toepassing van de *Treu und Glauben* dikwijls een concretisering van een algemene rechtsgedachte is.⁵⁷ Ook de heersende mening van ‘de wetenschap’ speelt een rol in andere rechtsstelsels. Deze invloed blijkt uit het Zwitserse *Zivilgesetzbuch*. Een rechter kan worden geconfronteerd met een leemte. Hij dient in dat geval recht te spreken in overeenstemming met de regel die hij als wetgever zou maken. Hij dient hierbij de doctrine en de jurisprudentie te volgen.⁵⁸

49 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1032 (T.M) en Kusters 1912, p. 57. Zie ook de §§ 2.2, 2.3.3 en 2.5.1.

50 Petit 1920, p. 36.

51 Rb. Alkmaar 4 mei 1994, *NJ* 1995, 281, Van den Brink 2002, p. 127, 203 en 209, Nieuwenhuis 2005, p. 265, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 312 en 330-331 en Kemp 2012, p. 26. Vergelijk ook § 2.2. Zie ook HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 265 (*Sibelo/Lamet*). Het cassatiemiddel doet een beroep op maatschappelijke opvattingen. Het middel is gegrond. De Hoge Raad oordeelt dat de overeenkomst niet in strijd is met de goede zeden. Dit blijkt uit ‘maatschappelijke ontwikkelingen’. Er was een wetsontwerp aanhangig. Vergelijk ook Van den Brink 2002, p. 150-151 over Duits recht.

52 HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103 (*Eternit/Horsting*), Wiarda/Koopmans 1999, p. 114-115 en Sieburgh 2000, p. 75-76.

53 HR 8 april 2011, *NJ* 2011, 449 (*Pretium/Tros*).

54 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 (*Van Wijngaarden/Nederland*).

55 HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465.

56 Art. 6:3 lid 2 sub b BW en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 83 (M.v.A. II).

57 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 403.

58 Art. 1 ZGB.

De factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ vertoont een overlap met andere factoren. Ik bespreek de overlap met de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ in § 3.2.2.

De invloed van iedere omstandigheid kan worden verklaard door een ‘in Nederland levende rechtsovertuiging’ te formuleren.⁵⁹ Ik geef een voorbeeld. Een eenzijdig door de verzekeraar opgesteld beding wordt bij twijfel ten nadele van de verzekeraar uitgelegd. De Hoge Raad noemt deze *contra proferentem*-regel een algemeen gezichtspunt.⁶⁰ De factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ vertoont een overlap met de factor ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’.⁶¹ De toepassing van het gezichtspunt is immers afhankelijk van de totstandkoming van de overeenkomst.

Ook andere uitlegeregels kunnen als voorbeeld dienen. Bij een conflict tussen een individueel bedongen beding en een beding in de algemene voorwaarden prevaleert het individuele beding. De Hoge Raad noemt deze regel een gezichtspunt.⁶² De factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ vertoont een overlap met de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’.⁶³ De toepassing van het gezichtspunt is immers afhankelijk van de kwalificatie van een beding als algemene voorwaarde of individueel beding.

Een beroep op de factor in Nederland levende rechtsovertuigingen’ is niet direct. De *contra proferentem*-regel beïnvloedt de uitleg van een beding omdat het beding eenzijdig is opgesteld. Een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ kan, in combinatie met een beroep op de achterliggende factoren, de invloed van de achterliggende factoren verduidelijken. Een dergelijk beroep verdient echter alleen de voorkeur als de invloed van deze achterliggende factoren afwijkt van hun gebruikelijke invloed. Het verdient de voorkeur als de invloed van de achterliggende factoren niet duidelijk is zonder een beroep op de rechtsovertuiging. De relevante overtuiging dient daarnaast te blijken uit een bron met gezag. Een beroep op een overduidelijke of ‘verzonnen’ *topos* verduidelijkt niet en verdient niet de voorkeur.

⁵⁹ § 1.4.1.2.

⁶⁰ HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (*Brackel/Atlantische Unie van Verzekeringen*), HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (*Kroymans/Sun Alliance*) en HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258 (*Pieterse/Nationale-Nederlanden*).

⁶¹ § 5.3.1.

⁶² HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (*Vos Logistics/Heipro*). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 376.

⁶³ § 5.3.3.

Een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ verdient daarnaast de voorkeur als het een beroep is op de afwijkende overtuigingen van een minderheid. De invloed van deze overtuigingen blijkt, net zoals de invloed van afwijkende morele regels, niet uit de wet of een beroep op andere factoren.⁶⁴

2.3.2 Verkeersopvattingen

Opnieuw een korte opmerking vooraf. Ik gebruik in deze paragraaf de term ‘verkeersopvattingen’. De wetgever gebruikt niet altijd dezelfde formulering. Hij gebruikt bijvoorbeeld ook de begrippen ‘verkeersopvatting’ en ‘de in het verkeer geldende opvattingen’.⁶⁵ Deze begrippen zijn onderling inwisselbaar.⁶⁶

Een verkeersopvatting is een gedeelde opvatting of overtuiging.⁶⁷ Zij hoeft niet algemeen te worden gedeeld. De verkeersopvattingen binnen een beperkte kring kunnen ook relevant zijn.⁶⁸ De opvattingen van een bepaalde bedrijfstak vinden hun weerslag in de overeenkomsten die binnen deze bedrijfstak worden gesloten. Verkeersopvattingen kunnen dan ook blijken uit overeenkomsten.⁶⁹ Zij kunnen daarnaast blijken uit bij de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ genoemde bronnen.⁷⁰ In het arrest *Sleepboot Egbertha* bleken de verkeersopvattingen bijvoorbeeld uit een Koninklijk Besluit en een verdragsbepaling.⁷¹

De factor ‘verkeersopvattingen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als het in een concreet geval ook redelijk en billijk is om aan te sluiten bij deze opvattingen. Dit is niet altijd het geval. Een onredelijke exoneratieclausule wordt niet minder onredelijk als de hele bedrijfstak deze clausule gebruikt.⁷² Verkeersopvattingen kunnen

64 § 2.2.

65 Zie bijvoorbeeld art. 3:4 lid 1 BW en art. 6:75 BW. De wet gebruikt ‘verkeersopvattingen’ in art. 3:76 lid 1 sub a BW.

66 Memelink 2009, p. 11-12.

67 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 73 (Advies R.v.S.) en 77 (M.O.), Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 105, Rogmans 2007, p. 5, 11 en 14 en Memelink 2009, p. 1 en 139-140.

68 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 77-78 (M.O.), Rogmans 2007, p. 5 en Memelink 2009, p. 2 en 226.

69 HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (*Radio Holland/ Sea-Containers Chartering*), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 73 (Rapport aan de Koningin) en 77 (M.O.) en Rogmans 2007, p. 17. Zie, toegespitst op verzekeringen, ook HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Zentveld/Assicurazioni Generali*) en Rogmans 2007, p. 31-32. Over een overeenkomst die in vele variaties voorkomt, bestaat geen algemene opvatting. Vergelijk HR 19 april 1929, NJ 1929, 1716 (*Vereenigde Javasuiker Producenten/Nederlandsche Handelmaatschappij*).

70 § 2.3.1.

71 HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 (*Sleepboot Egbertha*).

72 Rijken 1983, p. 202.

uit overeenkomsten blijken. In overeenkomsten kunnen echter allerlei onredelijke bedingen voorkomen. De redelijkheid en billijkheid kan juist daarom de gevolgen van een overeenkomst beperken. Het is in een concreet geval niet automatisch redelijk om aan te sluiten bij de verkeersopvattingen.

De redelijkheid en billijkheid is volgens Memelink een gedragsnorm. Verkeersopvattingen verwijzen naar haar mening echter naar normatieve niet-gedragsnormen en spelen geen rol bij het 'concretiseren' van de redelijkheid en billijkheid.⁷³ Deze stelling is niet houdbaar. Verkeersopvattingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁴ Zij 'concretiseren' de redelijkheid en billijkheid wel degelijk. Ik geef enkele voorbeelden.

De uitleg van een overeenkomst is van belang voor de beantwoording van de vraag of een omstandigheid 'onvoorzien' is in de zin van art. 6:258 BW.⁷⁵ De verkeersopvattingen spelen een rol bij de beantwoording van deze vraag.⁷⁶ Ook beïnvloeden zij het antwoord op de vraag of het vertrouwen op het bestaan van een toereikende volmacht in een concreet geval gerechtvaardigd is.⁷⁷ De verkeersopvattingen beïnvloeden daarnaast de eventuele beperking van (een beroep op) de gevolgen van een exoneratieclausule.⁷⁸ Zij beïnvloeden ten slotte de omvang van de onderzoeks- en mededelingsplichten bij dwaling.⁷⁹ Het laatste voorbeeld maakt duidelijk dat verkeersopvattingen wel degelijk invloed kunnen hebben op gedragsnormen.

73 Memelink 2009, p. 228.

74 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1020 (M.v.T.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 383.

75 Peletier 1999, p. 104, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 441, Grosheide 2011, p. 127 en Bakker 2012, p. 91.

76 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 441. De beantwoording van de vraag of de overeenkomst een bepaalde omstandigheid voorziet dient te worden onderscheiden van de toerekening van de onvoorziene omstandigheid. De invloed van de verkeersopvattingen op de toerekening van de onvoorziene omstandigheid blijkt uit art. 6:258 lid 2 BW.

77 Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1998, *NJ* 1999, 581 (*Hartman/Bakker*), HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (*ING/Bera*) en HR 2 december 2011, *NJ* 2012, 389. Art. 3:61 lid 2 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

78 Bloembergen 1969, p. 363 en Rijken 1983, p. 201-202.

79 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (*Offringa/Vinck*), Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 53, Smits 1999, p. 63 en Jansen 2012a, p. 154. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Het bepalen van de omvang van de mededelingsplichten dient te worden onderscheiden van de toerekening van de dwaling. De invloed van de verkeersopvattingen op de toerekening van de dwaling blijkt uit art. 6:228 lid 2 BW.

Er bestaat een principiële bezwaar tegen de opvatting van Memelink. Verkeersopvattingen zijn overtuigingen. Overtuigingen kunnen een rol spelen bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Er bestaat geen reden voor een onderscheid tussen ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ en ‘verkeersopvattingen’. Het kan in een concrete casus redelijk en billijk zijn om rekening te houden met een bepaalde overtuiging. De invloed van deze overtuiging op de werking van de redelijkheid en billijkheid dient niet afhankelijk te zijn van haar juridische kwalificatie.

De factor ‘verkeersopvattingen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet noemt verkeersopvattingen op verschillende plaatsen. De verkeersopvattingen spelen zowel in het vermogensrecht als in het belastingrecht een rol.⁸⁰

De overtuigingen van een bepaalde groep spelen ook een rol in de ons omringende rechtsstelsels. Dit bleek al uit § 2.3.1. Een begrip dat *precies* hetzelfde is als de Nederlandse verkeersopvattingen ontbreekt. De rechtsstelsels kennen wel vergelijkbare begrippen.⁸¹ Zo kent het Duitse recht de begrippen ‘*Verkehrsanschauung*’ en ‘*Verkehrsauffassung*’. Deze begrippen spelen bijvoorbeeld een rol bij het leerstuk van natrekking en bij het vaststellen van de goederenrechtelijke positie van ‘bezit’.⁸² De uitleg van een overeenkomst is in het DCFR onder andere afhankelijk van “*the meaning commonly given to such terms or expressions in the branch of activity concerned (...)*”. De formulering in de PECL is vergelijkbaar.⁸³

De factor ‘verkeersopvattingen’ vertoont een overlap met andere factoren. Ik bespreek de overlap met de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ in § 3.2.2.

De factor ‘verkeersopvattingen’ vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Een verkeersopvatting is immers een overtuiging die in Nederland leeft. Verschillende auteurs stellen dan ook dat de begrippen sterk verbonden zijn, vooral in de context van het verbintenissenrecht. De verkeersopvattingen zijn in

80 De precieze formulering is niet steeds hetzelfde. Zie in het vermogensrecht de artt. 3:4 lid 1, 9 lid 1 en 2, 76 lid 1 sub a, 108, 254 lid 1, 5:14 lid 3, 6:75, 77, 162 lid 3, 228 lid 2, 229, 258 lid 2, 8:1170 lid 2 BW. Ook in het belastingrecht spelen de verkeersopvattingen een rol. Zie de artt. 10 lid 1 sub i Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en 2.14 lid 3 sub d, 3.16 lid 1 en 3.111 lid 10 Wet inkomstenbelasting 2001.

81 Rogmans 2007, p. 6-7 en Memelink 2009, p. 14-18.

82 MünchKommBGB/Joost 2009, § 854, nr. 4, MünchKommBGB/Füller 2009, § 947, nr. 5, Staudinger/Wiegand 2011, § 947, nr. 7 en Staudinger/Gutzeit 2012, § 854, nr. 6. Zie ook Memelink 2009, p. 15-18.

83 De artt. 5:102 (e) PECL en II.-8:102 (1) (d) DCFR.

deze benadering een ‘verbijzondering’, ‘geconcretiseerde variant’ of ‘uitwerking’ van de in Nederland levende rechtsovertuigingen.⁸⁴ Zij zijn concreter dan de algemenere in Nederland levende rechtsovertuigingen. Andere auteurs keren zich tegen de vereenzelviging van verkeersopvattingen en in Nederland levende rechtsovertuigingen.⁸⁵ Deze discussie is voor dit onderzoek niet van belang. Beide factoren werken in de context van de redelijkheid en billijkheid precies hetzelfde: de overtuigingen van een voor het concrete geval relevante groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Iedere relevante omstandigheid kan als een overtuiging worden geformuleerd.⁸⁶ Het is mogelijk om deze overtuigingen als verkeersopvattingen te beschouwen. Dit ligt echter niet voor de hand. Verkeersopvattingen zijn concreter dan de algemenere ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Dit maakt de factor ‘verkeersopvattingen’ minder geschikt als factor die iedere werking van de redelijkheid en billijkheid verklaart. Een algemene overtuiging kan immers een grotere hoeveelheid werkingen van de redelijkheid en billijkheid verklaren dan een concrete verkeersopvatting.

Verkeersopvattingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid als de omstandigheden van het geval hier aanleiding toe geven. Partijen kunnen een overeenkomst sluiten over de verkoop van een bedrijfshal met daarin een spuitcabine. Een dergelijke overeenkomst maakt de verkeersopvattingen over spuitmachines, bedrijfshallen en koopovereenkomsten relevant.⁸⁷ De factor ‘verkeersopvattingen’ vertoont in dit geval een overlap met de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’.⁸⁸ De aard van de overeenkomst leidt immers tot de relevantie van de verkeersopvattingen over koopovereenkomsten. De verkeersopvattingen van een bepaalde bedrijfstak zijn relevant als de partijen tot deze bedrijfstak behoren. De factor ‘verkeersopvattingen’ vertoont in dit geval een overlap met de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’.⁸⁹

84 Rutten 2003, p. 525, Rogmans 2007, p. 14-15 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 383. Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 105 vereenzelvigt de verkeersopvattingen met de ‘hier te lande heersende rechtsovertuiging’.

85 Dubbink 1990, p. 377 en Memelink 2009, p. 226-227.

86 De §§ 1.4.1.2 en 2.3.1.

87 Vergelijk HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 (*Ansink/Canjels*) en HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (*ECCL Associates/Claassen q.q.*).

88 § 5.3.2.

89 § 4.2. Vergelijk bijvoorbeeld het ‘*baker’s dozen*’, genoemd in PECL 2000, p. 292 en DCFR 2010, p. 562.

Welke benadering verdient de voorkeur? Een beroep op de factor ‘verkeersopvattingen’ verdient de voorkeur onder dezelfde voorwaarden als een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Een beroep op de factor ‘verkeersopvattingen’ is niet direct. De verkeersopvattingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* de achterliggende factoren leiden tot de relevantie van deze opvattingen. Een beroep op de factor ‘verkeersopvattingen’ kan, in combinatie met een beroep op de achterliggende factoren, de invloed van de achterliggende factoren verduidelijken. Dit geldt echter alleen als de invloed van de achterliggende factoren door de verkeersopvattingen afwijkt van hun normale invloed. Het beroep verdient alleen de voorkeur als de invloed van de achterliggende factoren niet duidelijk is zonder een beroep op de verkeersopvatting. De verkeersopvattingen dienen daarnaast te blijken uit een gezaghebbende bron of uit de overeenkomsten die voor vergelijkbare transacties worden gesloten.

Ik geef een voorbeeld. De schuldenaar is op grond van art. 6:77 BW verantwoordelijk voor de schade die ontstaat door het gebruik van ongeschikte hulpmiddelen. Dit geldt niet als dit, onder andere gelet op de in het verkeer geldende opvattingen, onredelijk zou zijn.⁹⁰ Een afweging van de andere relevante factoren leidt niet altijd tot een overtuigende conclusie over de redelijkheid van de aansprakelijkheid van de schuldenaar. De verzekeringsmogelijkheden zijn bijvoorbeeld van belang, maar wat als beide partijen zich voor de schade kunnen verzekeren?⁹¹ De verkeersopvattingen kunnen in een dergelijk geval de doorslag geven. Zij kunnen blijken uit de voor vergelijkbare schade afgesloten verzekeringen. De aansprakelijkheid van de schuldenaar is eerder onredelijk als uit de verkeersopvattingen blijkt dat het op de weg van de schuldeiser lag om zich voor de schade te verzekeren.⁹²

Een beroep op de factor ‘verkeersopvattingen’ verdient daarnaast de voorkeur als het een beroep is op de afwijkende verkeersopvattingen binnen een bepaalde groep of bedrijfstak. De invloed van deze opvattingen blijkt, net zoals de invloed van afwijkende morele regels, niet uit de wet of een beroep op andere factoren.⁹³

90 Dit artikel is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

91 Er is dus geen sprake van ongelijke mogelijkheden tot belangenbehartiging. Vergelijk § 7.2.3.

92 Vergelijk HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (*Zentveld/Assicurazioni Generali*), Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 351 en Broekema-Engelen (*Verbintenissenrecht*), art. 6:77 BW, aantekening 19.

93 § 2.2.

2.3.3 Gewoonten

Een gewoonte of ‘gebruik’⁹⁴ vereist een in een bepaalde kring gedeelde opvatting plus een met deze opvatting overeenstemmende algemeen en voortdurend gevolgde gedragslijn.⁹⁵ Ook gewoonten kunnen zowel algemeen als in een beperkte kring gelden.⁹⁶ De gewoonte is een zelfstandige rechtsbron in het burgerlijk recht. Een dergelijke gedeelde opvatting met overeenstemmende gedragslijn kan daarnaast invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is redelijk en billijk als een rechtsbetrekking aansluit bij de lokale gewoonten.

Ik geef enkele voorbeelden. Gewoonten beïnvloeden de uitleg van een overeenkomst.⁹⁷ Een schuldenaar heeft op grond van art. 6:114 BW de mogelijkheid om een schuld giraal te betalen. Uit de Memorie van Antwoord blijkt dat de gewoonte deze mogelijkheid kan beperken.⁹⁸ De Memorie van Antwoord noemt de gewoonte *naast* de redelijkheid en billijkheid. Dit suggereert dat de gewoonte de mogelijkheid zelfstandig kan beperken. Hiervoor bestaat echter, in tegenstelling tot beperking op grond van de redelijkheid en billijkheid,⁹⁹ geen wettelijke basis.

De factor ‘gewoonten’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet, maar ook private regelgeving, is in veel gevallen een herformulering van gewoonterecht.¹⁰⁰ Daarnaast noemen verschillende

94 Art. 1375 OBW, de voorganger van het huidige art. 6:248 BW, gebruikte deze term. Er bestaat geen verschil tussen de beide termen. Zie bijvoorbeeld Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 86, Memelink 2009, p. 233-234 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 382.

95 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 106-107, Asser procesrecht/Veegens/Kort-hals Altes & Groen 2005 (7), nr. 83 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 382.

96 HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 (*Van der Ven/Stevens*), *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1023 (M.v.T. Inv), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920 (T.M.), Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 111 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 382. Zie ook de §§ 2.2, 2.3.1 en 2.3.2. Een gewoonte kan bijvoorbeeld bestaan binnen de Nederlandse Hervormde Kerk. Zie HR 24 februari 1938, NJ 1938, 950 (*Nyegaard/College van Kerkvoogden der Nederduitsch Hervormde Gemeente*).

97 HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506, overweging 4.5 van het Hof, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 376 en Wendt 2011, p. 135. Vergelijk over de invloed van gewoonten op de uitleg onder het OBW ook de artt. 1382 en 1383 OBW, Jansma 1913, p. 7 en Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 129.

98 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 461 (M.v.A. II).

99 Art. 6:2 lid 2 BW.

100 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 109. Vergelijk ook de §§ 2.2 en 2.3.1.

wettelijke bepalingen de gewoonte expliciet.¹⁰¹ De gewoonte beïnvloedt daarnaast de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid.¹⁰²

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels.¹⁰³ Het kan een bron zijn van aanvullende verbintenissen.¹⁰⁴ De gewoonte beïnvloedt daarnaast de uitleg van overeenkomsten.¹⁰⁵ De *PECL* en het *DCFR* hebben de gewoonte opgenomen als een bron van verbintenissen en als een relevante factor bij het bepalen van de inhoud van '*reasonableness*' en bij de uitleg van overeenkomsten.¹⁰⁶

De factor 'gewoonten' vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik bespreek de overlap met de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' in § 3.2.2.

De invloed van de factor 'gewoonten' op de werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van het bestaan van een algemeen en voortdurend gevolgde gedragslijn. Deze gedragslijn is niet afhankelijk van de partijen bij de rechtsbetrekking. Een overlap met de factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' is daarom denkbaar.¹⁰⁷ Het Duitse recht biedt een voorbeeld. Een '*Verkehrssitte*' verwijst slechts naar feitelijke gebruiken en niet naar een gedeelde opvatting.¹⁰⁸ Dit begrip beïnvloedt de werking van de Duitse *Treu und Glauben*.¹⁰⁹ In Nederland heeft een algemeen en voortdurend gevolgde gedragslijn echter geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor 'gewoonten' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als er sprake is van gedeelde opvattingen en een algemeen en voortdurend gevolgde gedragslijn. De opvattingen kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid echter ook beïnvloeden

101 Bijvoorbeeld de artt. 5:42 lid 2, 49 lid 1 en 73 lid 1, 6:6 lid 1 en 2, 15 lid 1, 17 lid 2, 48 lid 1, 111, 115, 121 lid 2, 126, 217 lid 2 en 248 lid 1 en 7:400 lid 2 en 617 lid 1 sub b BW, 344 WvK, 3 Wet op de naburige rechten en 1 lid 1 sub d Schepewet.

102 Sieburgh 2000, p. 75-76.

103 Zie behalve de hier genoemde bronnen *PECL* 2000, p. 106-108 en *DCFR* 2010, p. 141-144.

104 De artt. 1135 *Code civil* (Frankrijk), 1135 Burgerlijk Wetboek (België) en 1374 *Codice civile* (Italië), *DCFR* 2010, p. 580-581 en McMeel 2011, nr. 12.07.

105 *PECL* 2000, p. 293, *DCFR* 2010, 563-564, Canaris & Grigoleit 2011, p. 607 en McMeel 2011, nr. 12.02.

106 De artt. 1:105 (2) en 302 en 5:102 (f) *PECL* en I.-1:104 en II.-1:104 (2), 8:102 (1) (f) en 9:101 (1) *DCFR*.

107 § 3.4.

108 Larenz/Wolf 2004, p. 57, Staudinger/Coing/Honsell 2004, Einl 1 zum BGB, nr. 244, Rogmans 2007, p. 7 en Memelink 2009, p. 17.

109 De §§ 157 en 242 BGB.

zonder de gedragslijn. De factoren ‘in Nederland levende rechtsovertuiging’ en ‘verkeersopvattingen’ vereisen immers geen gedragslijn.¹¹⁰

De factor ‘gewoonten’ stelt een aanvullende eis. Deze eis is echter eenvoudig te omzeilen door de gewoonte te formuleren als een ‘in Nederland levende rechtsovertuiging’ of als een ‘verkeersopvatting’. Het antwoord op de vraag of er aan deze aanvullende eis is voldaan, is bovendien niet altijd duidelijk. Dit maakt een beroep op de factor ‘gewoonten’ minder duidelijk dan een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ of de factor ‘verkeersopvattingen’.

Een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ of de factor ‘verkeersopvattingen’ verdient de voorkeur boven een beroep op de factor ‘gewoonten’. De factor ‘gewoonten’ overlapt altijd met één van deze factoren. De factor is daarom overbodig. Hij speelt geen zelfstandige rol bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid.

2.4 Gezaghebbende oordelen

Het oordeel van een autoriteit kan de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Een oordeel is ‘gezaghebbend’ als het afkomstig is van een orgaan, instantie of persoon met gezag op het gebied van de kwestie waarop het oordeel ziet. Hoe groter het gezag van de autoriteit, des te groter is de invloed van het oordeel op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De betekenis en de relevantie van andere factoren kunnen blijken uit een gezaghebbend oordeel. Zo kan de inhoud van de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ en de ‘verkeersopvattingen’ blijken uit een gezaghebbend oordeel.¹¹¹ Daarnaast vormen de oordelen van individuele wetenschappers samen het oordeel van ‘de wetenschap’. In *Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland* oordeelde de rechtbank dat de Staat ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Dit blijkt volgens de rechtbank onder andere uit het rapport van het *Committee of Good Offices on the Indonesian Question* van de VN Veiligheidsraad.¹¹²

De uitspraken van rechters zijn de belangrijkste gezaghebbende oordelen. Rechtspraak is een weergave van het recht. Deze weergave bezit

110 De §§ 2.3.1 en 2.3.2.

111 De §§ 2.3.1 en 2.3.2.

112 Rb. ‘s-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*) en § 3.2.1.

een vermoeden van juistheid.¹¹³ Het Nederlandse recht kent, in tegenstelling tot de *common law*, geen *doctrine of precedent*. Jurisprudentie heeft in het Nederlandse recht geen directe rechtskracht. Zij heeft echter wel degelijk gezag.¹¹⁴ Dit is niet verwonderlijk. Wat is een recht waard, als de rechter het niet beschermt?

Rechtspraak voegt daarnaast iets aan het recht toe.¹¹⁵ Dit geldt zeker voor de rechtspraak over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid is een open norm. De rechtspraak vult deze norm in. Het is redelijk en billijk om hierbij vast te houden aan precedenten. De norm verliest door deze eerdere beslissingen een deel van zijn open karakter.¹¹⁶ Dit maakt de werking van de redelijkheid en billijkheid beter voorspelbaar.

De factor 'gezaghebbende oordelen' beïnvloedt het gewicht van andere factoren. De jurisprudentie maakt duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid op een bepaalde manier kan werken. Zij verduidelijkt bijvoorbeeld dat de redelijkheid en billijkheid tot de beperking van de gevolgen van een exoneratieclausule kan leiden. De deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen dankzij de jurisprudentie rekening houden met deze werking. Zij weten dat er een kans bestaat dat de redelijkheid en billijkheid ook in de rechtsbetrekking waarbij zij partij zijn tot een beperking van de gevolgen van een exoneratieclausule leidt. Een nieuwe beperking van de gevolgen van een exoneratieclausule leidt daarom tot een kleinere aantasting van de rechtszekerheid. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' legt door de eerdere jurisprudentie minder gewicht in de schaal tegen eventuele nieuwe beperkingen van de gevolgen van de exoneratieclausule.¹¹⁷

De beïnvloeding van het gewicht is nog sterker als de rechter ook aangeeft van welke omstandigheden de werking afhankelijk is.¹¹⁸ De partijen kunnen nu niet alleen rekening houden met een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid, zij weten zelfs welke omstandigheden tot deze werking kunnen leiden. Het gezag van de rechter geeft, in het

113 Kottentagen 1986, p. 150, 185 en 297-298. Vergelijk ook Haazen 2007, p. 229.

114 Vergelijk art. 12 Wet AB en Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 85-86. Zie ook Larenz 1991, p. 429-430. Vergelijk daarnaast Haazen 2007, p. 237-238, Hondius 2007, p. 6 en 12-13 en Jansen & Loonstra 2012, p. 4. Deze auteurs beschrijven het gezag van de arresten van de rechtspraak met termen als '*light variant of precedent*' en '*mild precedentenstelsel*'.

115 Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 76 en Dworkin 1986, p. 229.

116 Vergelijk Larenz 1991, p. 413 en 435-436 en Haazen 2007, p. 229.

117 § 6.4.1.1.

118 Vergelijk Hesselink 1999, p. 416-417, Smith 2007, p. 119, Loonstra & Quist 2008, p. 23 en Van den Brink 2012a, p. 2.

kader van deze werking, extra gewicht aan de bij deze omstandigheden behorende factoren.

De omvang van dit extra gewicht is afhankelijk van de uitspraak van de rechter.¹¹⁹ De factoren leggen veel extra gewicht in de schaal als ze in het concrete geval doorslaggevend zijn. Zij leggen minder extra gewicht in de schaal als ze slechts bedoeld zijn als opsomming van mogelijke relevante factoren. De omvang van het extra gewicht is daarnaast afhankelijk van de hoeveelheid genoemde factoren. De genoemde factor legt veel extra gewicht in de schaal als de rechter slechts deze factor noemt. De factoren die genoemd worden in een catalogus van factoren leggen slechts een beperkte hoeveelheid extra gewicht in de schaal. De Hoge Raad noemt in het arrest *Saladin/HBU* bijvoorbeeld verschillende *voorbeelden* van relevante omstandigheden.¹²⁰ Hij geeft weinig extra gewicht aan de bij de genoemde omstandigheden behorende factoren. In het arrest *Jans/FCN* is de ‘verbondenheid’ van twee overeenkomsten juist de doorslaggevende factor. De Hoge Raad geeft hiermee veel extra gewicht aan de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’.¹²¹

De invloed van rechterlijke uitspraken op de werking van de redelijkheid en billijkheid blijkt uit de jurisprudentie. Zowel de lagere rechter als de Hoge Raad verwijst geregeld naar andere uitspraken.¹²² Daarnaast is de hoogte van de schadevergoeding op grond van art. 6:106 lid 1 BW mede afhankelijk van de bedragen die Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen hebben toegekend.¹²³

De jurisprudentie speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ook bij de beantwoording van andere rechtsvragen verwijst de rechter naar andere uitspraken.¹²⁴ Dit geldt eveneens voor andere

119 Vergelijk, in de context van het arbeidsrecht, Loonstra & Quist 2008, p. 12-13.

120 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

121 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (*Jans/FCN*) en § 5.3.2. Ontbinding is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4

122 Zie bijvoorbeeld HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*), HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), Hof Amsterdam 18 augustus 2009, NJ 2011, 398 (*Reaal/Monarch*) en Rb. ‘s-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

123 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (*Academisch Medisch Centrum/O*), HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (*Druijff/Bouw*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 142. Dit artikel is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

124 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 4 oktober 2006, JOR 2007, 55 (*Frans q.q./Rotaslit*) en HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (*Parallel Entry/KLM*). Vergelijk ook Kottenhagen 1986, hoofdstuk 1, Haazen 2007, p. 231 en Jansen & Loonstra 2012, p. 4.

vormen van ongeschreven recht, zoals de ‘maatschappelijke betamelijkheid’ van art. 6:162 BW.¹²⁵

De rol van de jurisprudentie is niet beperkt tot het Nederlandse recht. *Common law*-rechtsstelsels kennen de *doctrine of precedent*.¹²⁶ De rechtspraak is hierdoor een belangrijke zelfstandige bron van recht. De jurisprudentie speelt eveneens een rol in andere rechtsstelsels. In het Zwitserse recht is de rechter op grond van art. 1 ZGB verplicht om in het geval van een leemte rekening te houden met de jurisprudentie. Uitspraken van rechters beïnvloeden ten slotte de uitleg van overeenkomsten in de PECL en het DCFR.¹²⁷

De factor ‘gezaghebbende oordelen’ beïnvloedt de relevantie, betekenis en het gewicht van verschillende andere factoren. Hij vertoont ook een overlap met deze factoren. Het gezaghebbende oordeel kan de plaats innemen van deze achterliggende factoren. Een beroep op deze oordelen kan een beroep op deze achterliggende factoren vervangen.

Een dergelijk beroep verdient echter niet de voorkeur. Een beroep op de factor ‘gezaghebbende oordelen’ is indirect. Uiteindelijk beïnvloeden de omstandigheden van het geval, en niet het oordeel over deze omstandigheden, de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘gezaghebbende oordelen’ is daarnaast onduidelijk. Het verhuut de betekenis van de achterliggende factoren.

Dit betekent niet dat een beroep op de factor ‘gezaghebbende oordelen’ nooit de voorkeur verdient. Een beroep op deze factor verduidelijkt hoe de rechter tot zijn oordeel over de invloed en de relevantie van andere factoren is gekomen. Het verduidelijkt daarnaast het wisselende gewicht van deze factoren.

Een beroep op de factor ‘gezaghebbende oordelen’ is een nuttige *toevoeging*. Deze toevoeging kan een beroep op de relevante omstandigheden echter niet vervangen.¹²⁸ Een combinatie van de factor ‘gezaghebbende oordelen’ en de uiteindelijke relevante factoren verdient de voorkeur. Een dergelijk beroep erkent de betekenis van de het eerdere

125 Zie bijvoorbeeld HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*) en Rb. Leeuwarden 1 juni 2011, JOR 2011, 220 (*Faber/Swisch*).

126 Zie voor een korte introductie bijvoorbeeld Kottentzen 1986, p. 192-205, Farnsworth/Sheppard 2010, p. 59-65 en Partington 2012, p. 63-64. Vergelijk Blackstone/Coleridge 1825, p. 71. Blackstone stelt dat de uitspraken moeten worden beschouwd als “*the evidence of what is common law*”.

127 De artt. 5:102 (e) PECL en II-8:102 (1) (d) DCFR, PECL 2000, p. 292 en DCFR 2010, p. 562.

128 Vergelijk Larenz 1991, p. 430-431 en Smits 2009, p. 118.

oordeel zonder de rol van de uiteindelijk relevante omstandigheden te verhullen.

2.5 Rechtsnormen

De hierboven besproken normen hebben een oorsprong buiten het recht. Zij zijn afhankelijk van iets dat buiten het recht staat. Dit geldt niet voor rechtsnormen. Rechtsnormen vloeien voort uit het recht. Ik geef in deze paragraaf een algemene beschrijving van de invloed van rechtsnormen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. In de volgende subparagrafen beschrijf ik enkele bijzondere categorieën rechtsnormen. Ik behandel achtereenvolgens de factoren ‘rechtsbeginselen’ (§ 2.5.1), ‘grondrechten’ (§ 2.5.2) en ‘internationaal, Europees en buitenlands recht’ (§ 2.5.3).

Rechtsnormen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze stelling kan in algemene zin worden opgevat: open normen zoals de redelijkheid en billijkheid verwijzen naar ongeschreven recht.¹²⁹ Deze opvatting bestempelt de factor ‘rechtsnormen’ als de oorspronkelijke omstandigheid die de werking van de redelijkheid en billijkheid bepaalt. De factor ‘rechtsnormen’ vervangt in deze opvatting de factor ‘moraal’.¹³⁰ Hesselink wijst erop dat deze benadering in essentie natuurrechtelijk is: de opvatting bestempelt morele regels als rechtsregels.¹³¹

De benadering die ‘moraal’ als oorspronkelijke factor bestempelt, biedt een duidelijkere en directere verklaring voor de werking van de redelijkheid en billijkheid. De ‘rechtsnorm benadering’ dient daarom te worden verworpen.¹³² Morele regels zijn niet duidelijk kenbaar, maar het beroep op de factor ‘moraal’ erkent tenminste dat de redelijkheid en billijkheid uiteindelijk afhankelijk is van de moraal. Rechtsnormen die in wezen niets anders zijn dan morele regels zijn evenmin duidelijk kenbaar. Zij zijn daarnaast indirect. De inhoud van deze rechtsregels is afhankelijk

129 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 48 (M.v.A. II) en 67 (M.v.A. II), Petit 1920, p. 1-21, Van den Brink 2002, p. 125 en 165 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 394.

130 § 2.2.

131 Hesselink 1999, noot 87 op p. 33. Vergelijk ook Petit 1920, p. 1-21. Goede zeden verwijzen naar rechtsnormen. De inhoud van deze rechtsnormen is echter afhankelijk van moraal.

132 De benadering maakt wel duidelijk dat de werking van de redelijkheid en billijkheid een rechtsvraag is die in cassatie kan worden getoetst. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 395.

van morele regels. Een direct beroep op de factor ‘moraal’ maakt deze tussenstap overbodig.

Rechtsnormen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid op een concreter niveau. De kenmerken van een norm zijn relevant. Relevante ‘kenmerken’ zijn bijvoorbeeld de ‘aard’, ‘inhoud’, ‘doel’ en ‘strekking’ van de norm.¹³³ Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van een norm van dwingend recht minder snel dan de gevolgen van een norm van regelend recht.¹³⁴ Hetzelfde geldt voor een norm die het belang van de ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ beoogt te dienen.¹³⁵ De strekking van de verjaringstermijn beïnvloedt de eventuele beperking van de verjaring op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁶ De strekking van een norm die nietigheid met zich brengt, beïnvloedt de eventuele conversie op grond van art. 3:42 BW.¹³⁷ Ook de strekking van een regel van zelfregulering kan relevant zijn. De omvang van de zorgplicht van een bank is mede afhankelijk van de strekking van de artt. 31f en 31m Reglement voor de handel van de *European Options Exchange*.¹³⁸

In de wet staan verschillende preciseringen en kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁹ De werking van deze ‘verbijzonderingen’ is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Dit kan ook niet anders. De redelijkheid en billijkheid beheerst alle vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen.¹⁴⁰ Veel verbijzonderingen beïnvloeden daarbij rechtsbetrekkingen die op grond van de artt. 6:2, 216 of 248 BW toch al door de

133 Zie ook Mendel 2003, p. 4-5.

134 HR 12 februari 1965, NJ 1965, 139 (*Fabisch/Pintsch Bamag*), HR 29 juni 1990, NJ 1991, 306 (*Schils/Ubachs*), HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (*Den Haan/The Box Fashion*), HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (*ABN AMRO/X*), Tjittes 2007a, p. 42-43 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 417.

135 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde*), HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (*De Jong/Optimodal*), HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (*ABN AMRO/X*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 417. Zie § 6.4.1.1 over de invloed van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’.

136 Rb. ‘s-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

137 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 232 (*Van Hensbergen/Albers*), HR 28 mei 1999, NJ 1999, 509 (*Huijerjans/Kuypers*), HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 651 en 656. Dit artikel is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Conversie is daarnaast een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

138 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*). Vergelijk ook HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*).

139 De §§ 1.2.3 en 1.2.4.

140 § 1.2.6.

redelijkheid en billijkheid worden beheerst. Toch beïnvloeden de verbijzonderingen de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij beïnvloeden het gewicht van andere factoren op dezelfde manier als de factor ‘gezaghebbende oordelen’.¹⁴¹

De verbijzonderingen schrijven een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid voor. Art. 3:42 BW leidt bijvoorbeeld tot de conversie van een nietige in een geldige rechtshandeling.¹⁴² Art. 6:233 BW leidt tot de vernietigbaarheid van een beding uit de algemene voorwaarden.¹⁴³ De partijen bij een rechtsbetrekking kunnen rekening houden met deze voorgeschreven werkingen. Zij weten dat er een kans is dat de redelijkheid en billijkheid de rechtsbetrekking op de voorgeschreven manier beïnvloedt. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ legt hierdoor minder gewicht in de schaal tegen de voorgeschreven werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁴

Dit geldt des te meer als de wettekst aangeeft van welke omstandigheden de werking afhankelijk is. De partijen kunnen nu niet alleen rekening houden met een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid, zij weten zelfs welke omstandigheden tot deze werking kunnen leiden. Het gezag van de wetgever geeft, in het kader van de verbijzondering, extra gewicht aan de bij deze omstandigheden behorende factoren.

De omvang van het extra gewicht van de genoemde factoren is afhankelijk van de wettekst. Een factor legt veel extra gewicht in de schaal als de tekst slechts één doorslaggevende omstandigheid noemt. De factor legt minder gewicht in de schaal als hij deel uitmaakt van een catalogus van mogelijke relevante omstandigheden.

Art. 6:244 lid 1 BW beschermt de ‘beknelde tussenschakel’ tegen bedingen in de overeenkomst met zijn professionele wederpartij. Het artikel verwijst slechts naar één doorslaggevende omstandigheid: de samenhang van het beding met een op grond van afdeling 6.5.3 BW vernietigde of door een uitspraak als bedoeld in art. 6:240 lid 1 BW getroffen algemene voorwaarde in de overeenkomst tussen de tussenschakel en zijn afnemers. Het geeft veel extra gewicht aan de factor

¹⁴¹ § 2.4.

¹⁴² Dit artikel is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Conversie is daarnaast een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

¹⁴³ Dit artikel is, gelet op de woorden ‘onredelijk’ (sub a) en ‘redelijke’ (sub b), een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

¹⁴⁴ § 6.4.1.1.

‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’.¹⁴⁵ Art. 6:109 lid 1 BW geeft de rechter de mogelijkheid om een verplichting tot schadevergoeding te matigen.¹⁴⁶ Het artikel geeft verschillende voorbeelden van omstandigheden die voor de matiging van een vordering kunnen pleiten. Het artikel geeft maar weinig extra gewicht aan de bij deze omstandigheden behorende factoren.

De wetgever geeft slechts extra gewicht aan de omstandigheden die de *afweging op grond van de redelijkheid en billijkheid* beïnvloeden. Deze omstandigheden dienen te worden onderscheiden van de omstandigheden die functioneren als *voorwaarden* voor de toepassing van de verbijzondering. Toepassing van art. 6:210 lid 2 BW is bijvoorbeeld pas mogelijk als de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt.¹⁴⁷ Dit betekent niet dat de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ in het kader van deze verbijzondering extra gewicht krijgt.¹⁴⁸ De aard van de prestatie is een *voorwaarde*, hij is geen *extra zwaarwegende factor*.

De toepassing van een verbijzondering kan afhankelijk zijn van één doorslaggevende omstandigheid. Deze omstandigheid is zowel een voorwaarde als een factor. Toepassing van de verbijzondering is slechts mogelijk als deze omstandigheid aanwezig is. Dezelfde omstandigheid domineert vervolgens de afweging op grond van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:258 lid 1 BW biedt een voorbeeld. Onvoorziene omstandigheden zijn een voorwaarde voor de toepassing van dit artikel. Deze onvoorziene omstandigheden, en dus de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’, beïnvloeden vervolgens de afweging op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁹

Niet alleen de verbijzonderingen, maar ook de ‘algemene’ artikelen over de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden het gewicht van andere factoren. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt het gehele vermogensrecht.¹⁵⁰ Art. 6:248 BW maakt duidelijk dat de redelijkheid en billijkheid de gevolgen van en overeenkomst kan beïnvloeden. Het artikel waarschuwt de partijen bij de overeenkomst voor de mogelijke invloed van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:248 BW is een ‘verbijzondering’ voor het

145 § 5.3.3. Art. 6:244 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

146 Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

147 Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

148 § 5.3.3.

149 § 3.4.

150 § 1.2.6.

overeenkomstenrecht. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' legt hierdoor minder gewicht in de schaal tegen een werking, welke werking dan ook, van de redelijkheid en billijkheid op het gebied van het overeenkomstenrecht. De artt. 2:8 en 6:2 BW vervullen dezelfde rol voor het rechtspersonen- en verbintenissenrecht. Een wettelijke bepaling kan het gewicht van deze factor binnen een rechtsgebied nog eens extra verkleinen voor een bepaalde rechtsbetrekking. Art. 7:611 BW verkleint bijvoorbeeld de rol van de factor in de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de werkgever.¹⁵¹

Deze invloed is minder groot dan de invloed van de verbijzonderingen. De algemene artikelen zijn algemeen. Zij bieden geen voorgeschreven werkingen en verwijzen (bijna)¹⁵² niet naar omstandigheden waaraan extra gewicht moet worden toegekend. Toch zijn deze 'algemene verbijzonderingen' niet zonder waarde. Zij kunnen mede verklaren waarom de redelijkheid en billijkheid een grotere rol speelt in bepaalde rechtsgebieden. Het verbintenissen- en overeenkomstenrecht kennen naast de 'algemene verbijzonderingen' van de artt. 6:2 en 248 BW vele preciseringen en kristallisaties.¹⁵³ Deze wettelijke bepalingen waarschuwen de deelnemers aan het rechtsverkeer voor de grote invloed van de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissen- en overeenkomstenrecht.¹⁵⁴

Een rechtsnorm staat niet op zichzelf. Hij vormt samen met andere normen een rechtsgebied. Ook de kenmerken van deze rechtsgebieden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid speelt niet op alle rechtsgebieden een even grote rol. De rol is het grootst in het verbintenissen- en overeenkomstenrecht. De 'algemene verbijzonderingen' van de artt. 6:2 en 248 BW en de vele preciseringen en kristallisaties in het verbintenissen- en overeenkomstenrecht kunnen deze grotere rol verklaren. Valk biedt, in het kader van het op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde leerstuk van rechtsverwerking, een andere verklaring.¹⁵⁵ Hij schrijft dat rechtsverwerking ook betekenis kan hebben voor andere rechtsgebieden, maar slechts "voor zover die rechtsgebieden zich op relevante punten met het vermogensrecht laten vergelijken". Deze verklaring is breder toepasbaar. Zij kan de grotere rol van de redelijkheid

151 Dit artikel is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

152 Art. 6:248 lid 1 BW verwijst naar de aard van de overeenkomst, en dus naar de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Zie § 5.3.2.

153 Zie Rijken 1994, p. 16-17 voor een niet-uitputtend overzicht. Zie de §§ 1.2.3 en 1.2.4 over deze preciseringen en kristallisaties.

154 Vergelijk Smith 1998, p. 188.

155 Valk 1993, p. 159. Zie § 3.2.2 over rechtsverwerking.

en billijkheid op het gebied van het verbintenissen- en overeenkomstrecht verklaren. De redelijkheid en billijkheid speelt een grotere rol naarmate het rechtsgebied zich op relevante punten beter met het verbintenissen- en overeenkomstrecht laat vergelijken.

Wat zijn nu de kenmerken die het verbintenissen- en overeenkomstrecht bij uitstek geschikt maken om door de redelijkheid en billijkheid te worden beïnvloed? Allereerst leiden overeenkomsten en verbintenissen tot een rechtsbetrekking tussen *twee* partijen die hun *privé belangen* behartigen. De rest van de maatschappij staat hier buiten.¹⁵⁶ De redelijkheid en billijkheid speelt een kleinere rol in rechtsgebieden waarin de belangen van derden een grotere rol spelen. Deze belangen pleiten juist voor een groter gewicht voor de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’.¹⁵⁷

Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid speelt een kleinere rol in het goederenrecht.¹⁵⁸ Derden moeten kunnen vertrouwen op de goederenrechtelijke gevolgen van rechtshandelingen. Juist de belangen van derden beperken de rol van de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht. Deze beperking speelt dan ook niet als de eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid, net als in het verbintenissenrecht, slechts gevolgen heeft voor de partijen.¹⁵⁹

De belangen van derden beperken daarnaast de rol van de redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht. De belangen van kinderen verzetten zich tegen rechtsverwerking van de bevoegdheden van voogdij. Ook de speciale aard van het recht op ‘*family life*’ verzet zich tegen rechtsverwerking van dit recht. Deze bezwaren verzetten zich niet tegen de rechtsverwerking van ‘gewone’ vermogensrechtelijke rechten, zoals de rechten uit het huwelijksvermogensrecht.¹⁶⁰

Ten slotte hebben specifieke derden (bijvoorbeeld omwonenden) een belang bij de toepassing van administratiefrechtelijke regels. Het belastingrecht beschermt geen specifieke derden. Rechtsverwerking kan

156 Vergelijk ook Bakker 2012, p. 127 en Dijkshoorn 2012, p. 3020-3021.

157 § 6.4.1.1. Vergelijk over het per rechtsgebied wisselende gewicht van de rechtszekerheid ook Wiedemann 1973, p. 211, Pels Rijcken 1979, p. 314-315 en Drion 1981, p. 5-7.

158 Vergelijk onder andere Brunner 1988, p. 459, Gerbrandy 1992, p. 638, Valk 1993, p. 104, Asser/Vranken 1995 (*Algemeen deel***), nr. 89, Hesselink 1999, p. 384, Bartels & Milo 2000, p. 1, Fesevur 2000, p. 21, 23-24 en 29, Bartels 2004, p. 12-13, Tjittes 2005, p. 10 en Milo 2009, p. 4-7.

159 Valk 1993, p. 105, Hesselink 1999, p. 384 en Fesevur 2000, p. 41-42 en 57.

160 Valk 1993, p. 160-161. Zie ook § 6.2.2 over de invloed van de ‘soort’ van een belang.

dan ook een grotere rol spelen in het belastingrecht dan in het bestuursrecht.¹⁶¹

Het verbintenissen- en overeenkomstrecht beheerst rechtsbetrekkingen tussen twee *in beginsel gelijkwaardige partijen*¹⁶² die *vrij* zijn om hun belangen te behartigen. Dit is anders in het publiekrecht. De positie van de overheid verkleint de rol van de redelijkheid en billijkheid. De overheid heeft een machtige positie.¹⁶³ Zij is echter niet vrij. De overheid is onder andere gebonden aan de grondwet en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dergelijke beperkingen beschermen de burger. Deze bescherming verkleint de noodzaak voor de bescherming van een burger *tegen* de overheid op grond van de redelijkheid en billijkheid. De sterke positie van de overheid verzet zich bovendien tegen de bescherming *van* de overheid.

De factor 'rechtsnormen' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Wetsbepalingen die niet de *strekking* hebben om de geldigheid van rechtshandelingen die ermee in strijd zijn aan te tasten, leiden bijvoorbeeld niet tot nietigheid of vernietigbaarheid.¹⁶⁴ Rechtsnormen spelen ook een rol bij het leerstuk van de onrechtmatige daad. Een gedraging in strijd met een wettelijke plicht is op grond van art. 6:162 lid 2 BW onrechtmatig. Rechtsnormen beïnvloeden daarnaast de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. De eventuele strijd met de maatschappelijke betamelijkheid van een gedraging is onder andere afhankelijk van de wets- en verdragsbepalingen die van toepassing zijn op vergelijkbare gedragingen.¹⁶⁵ Art. 6:163 BW verbindt gevolgen aan de *strekking* van een rechtsnorm. De verplichting tot schadevergoeding ontstaat niet als de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de geleden schade.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Rechtsnormen beïnvloeden de uitleg van een overeenkomst. De uitleg die een overeenkomst geldig maakt, dient te worden verkozen boven de uitleg waarin de overeenkomst in strijd is met het recht. Deze uitlegregel geldt in verschillende landen en is ook opgenomen in de *PECL*, het *DCFR* en de

161 Valk 1993, p. 166.

162 Dit betekent niet dat de kenmerken van de partijen niet van belang zijn. Zie hoofdstuk 4 en § 7.2.

163 § 4.3.

164 Art. 3:40 lid 3 BW. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 322 voor enkele voorbeelden.

165 Sieburgh 2000, p. 75-76.

UP.¹⁶⁶ De Duitse *Treu und Glauben* speelt ook een rol buiten het privaatrecht. De kenmerken van de verschillende rechtsgebieden beïnvloeden de werking van de *Treu und Glauben*.¹⁶⁷ Ook de kenmerken van regels van het recht van de Europese Unie zijn relevant. Nationale regels mogen misbruik van gemeenschapsrecht tegengaan. De toepassing van een dergelijke nationale regel mag de strekking van een regel van gemeenschapsrecht echter niet wijzigen.¹⁶⁸

De factor ‘rechtsnormen’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factor ‘moraal’ hierboven beschreven.

De factor ‘rechtsnormen’ vertoont daarnaast een overlap met de factoren die tot de relevantie van de norm leiden. De artt. 31f en 31m Reglement voor de handel van de *European Options Exchange* strekken bijvoorbeeld tot de bescherming van de belangen van de klanten van de bank.¹⁶⁹ De factor ‘rechtsnormen’ vertoont in dit geval een overlap met de factor ‘omvang belang’.¹⁷⁰

Een beroep op de achterliggende factoren is directer. De factor ‘rechtsnormen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid omdat de achterliggende factoren een rol spelen. De artt. 31f en 31m Reglement voor de handel van de *European Options Exchange* zijn slechts van belang bij een aantasting van de belangen van de klanten. Het omgekeerde geldt niet. De rechtens relevante belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De relevantie van een bijzondere rechtsnorm is hiervoor niet vereist.

De relevantie van een rechtsnorm is echter niet zonder betekenis. Het gezag van de instantie die de norm voorschrijft, vergroot het gewicht van de achterliggende factoren. De relevantie van de norm is een aanwijzing dat een bepaalde factor in het concrete geval een grotere rol speelt. De relevantie en de strekking van de artt. 31f en 31m Reglement voor de handel van de *European Options Exchange* vergroten het gewicht van de belangen van de klanten in het concrete geval. De norm strekt immers juist tot de bescherming van deze belangen. Een enkel beroep op de factor ‘omvang belang’ verduidelijkt niet waarom de belangen in dit geval

166 De regel *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*. Zie de artt. 5:106 PECL, II.-8:106 DCFR en 4.5 UP, PECL 2000, p. 297, DCFR 2010, p. 569-570 en McMeel 2011, nr. 1.88, 1.93, 1.159 en 8.16-8.21. Vergelijk ook art. 1380 OBW.

167 Hesselink 1999, p. 394, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 402 en 1093-1099, MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 107-110 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 4.

168 HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-367/96 (*Kefalas*) en HvJ EG 23 maart 2000, nr. C-373/97 (*Diamantis*). Zie uitgebreider Snijders 2007b, p. 454-461 en Aronstein 2011b, p. 100-104.

169 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*).

170 § 6.2.1.

‘extra’ gewicht in de schaal leggen. Een beroep op de factor ‘rechtsnormen’ verduidelijkt dit wel. Een beroep op beide factoren verdient daarom de voorkeur.

De verschillende wettelijke verbijzonderingen vertonen een overlap met de factoren die bij de in het artikel genoemde omstandigheden horen. Deze overlap is te vergelijken met de in § 2.4 beschreven overlap tussen de factoren ‘gezaghebbende oordelen’ en de factoren die tot het oordeel hebben geleid. Het artikel vergroot het gezag van de factoren. Een beroep op de factor ‘rechtsnormen’ is daarom duidelijk. Het beroep op deze factor is echter niet direct. De achterliggende factoren zijn de uiteindelijk relevante factoren. Een beroep op beide factoren verdient daarom de voorkeur.

Mendel heeft kritiek op de rol van de factor ‘rechtsnormen’. Hij stelt dat de bovengenoemde begrippen ‘aard’, ‘inhoud’, ‘doel’ en ‘strekking’ niet duidelijk zijn. Een motivering met de aard van de rechtsregel is een pseudomotivering. De rechter dient te specificeren welk kenmerk in een concreet geval relevant is.¹⁷¹ Deze kritiek is terecht. De ‘aard van de rechtsregel’ kan van alles betekenen. Een enkel beroep op de aard van de rechtsregel maakt niets duidelijk. Het dient gepaard te gaan met een beschrijving van het relevante kenmerk. Dit verduidelijkt de invloed van de factor ‘rechtsnormen’.

De factor ‘rechtsnormen’ is niet de oorspronkelijke factor die de werking van de redelijkheid en billijkheid bepaalt. De factor speelt echter wel degelijk een zelfstandige rol. Een beroep op deze factor is, net als een beroep op de factor ‘gezaghebbende oordelen’, een nuttige toevoeging. Deze toevoeging maakt een beroep op de achterliggende omstandigheden echter niet overbodig.

2.5.1 Rechtsbeginselen

Rechtsbeginselen kunnen het onderscheid tussen relevante en irrelevante omstandigheden bepalen. Ik heb deze ‘rechtsbeginsel benadering’ in § 1.4.1.1 beschreven en verworpen.

De factor ‘rechtsbeginselen’ beïnvloedt daarnaast de werking van de redelijkheid en billijkheid. De relevantie van de factor ‘rechtsbeginselen’ blijkt in de eerste plaats uit art. 3:12 BW. Zijn invloed blijkt ook uit

¹⁷¹ Mendel 2003, p. 1, 4-5 en 9-10. Mendel geeft HR 15 december 2000, *NJ* 2001, 109 (*Van Ekelenburg/Squamish*) als voorbeeld van een onduidelijke motivering. Deze kritiek ziet overigens op de rol van ‘rechtsnormen’ in het gehele recht.

de jurisprudentie. Ik geef enkele voorbeelden. Het gelijkheidsbeginsel eist dat gelijke arbeid onder gelijke omstandigheden op gelijke wijze wordt beloond. Dit beginsel beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷²

In het arrest *Onwaardige deelgenoot* speelde het beginsel “dat hij, die opzettelijk de dood van een ander veroorzaakt, die hem begunstigd heeft, geen voordeel uit die begunstiging behoort te kunnen trekken”. Dit beginsel beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het pleit voor de beperking van het recht van de moordenaar op zijn helft van de ontbonden gemeenschap van goederen.¹⁷³ Het bestuursrecht kent algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid als één van de partijen een ‘overheid’ is.¹⁷⁴

De redelijkheid en billijkheid is zelf ook een rechtsbeginsel. Dit rechtsbeginsel is breed toepasbaar.¹⁷⁵ Art. 3:12 BW leidt tot de cirkelredenering dat de redelijkheid en billijkheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Op deze manier geeft art. 3:12 BW een wettelijke basis aan iedere factor. De eisen van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid zijn immers afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

Het beginsel van partijautonomie geeft, eventueel in combinatie met het hieruit afgeleide beginsel van contractvrijheid, een partij de vrijheid om een overeenkomst te sluiten. Het vertrouwensbeginsel en het beginsel van trouw aan het gegeven woord brengen met zich dat de wederpartij vertrouwen mag schenken aan de uitoefening van deze vrijheid. De

172 HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (*Agfa/Schoolderman*) en HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (*Parallel Entry/KLM*). Zie over het gelijkheidsbeginsel ook Hartkamp 2010a, p. 68-69.

173 HR 7 december 1990, NJ 1991, 593 (*Onwaardige deelgenoot*). Vergelijk ook Court of Appeals of New York 8 oktober 1889, *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506.

174 HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (*Korfer/Heerlen*), HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 (*Cornelissen/Groningen*), HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (*Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*), HR 7 mei 2004, NJ 2005, 23 (*Heerde/Goudsmit*) en Rijken 1994, p. 66. Zie § 4.3 over het begrip ‘overheid’.

175 Zie onder andere Van Dunné 1971, p. 90, Abas 1972, p. 47, Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 64, Rijken 1994, p. 20, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 40 en Aronstein 2011b, p. 21. Ook de Duitse *Treu und Glauben* is een *Grundsatz* dat ook buiten het privaatrecht kan worden toegepast. Zie bijvoorbeeld Hesselink 1999, p. 45, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 402-403, Münch-KommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 49 en 107 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 4. Vergelijk ook Supreme Court of New Jersey 9 mei 1960, *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358: “Is there any principle which is more familiar or more firmly embedded in the history of Anglo-American law than the basic doctrine that the courts will not permit themselves to be used as instruments of inequity and injustice?”

wederpartij moet erop kunnen vertrouwen dat de overeenkomst rechtskracht heeft. Deze beginselen verklaren gezamenlijk de gebondenheid aan een gesloten overeenkomst.¹⁷⁶ Zij pleiten tegen de aanpassing van de overeenkomst. Zij pleiten vooral tegen een beperking van wat nadrukkelijk is afgesproken: het vertrouwen heeft immers vooral hierop betrekking. De factor ‘rechtsbeginselen’ legt daarom standaard gewicht in de schaal *tegen* een aanpassing van een overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁷

De beginselen pleiten overigens niet tegen *iedere* werking van de redelijkheid en billijkheid. De schending van een vormvoorschrift leidt op grond van art. 3:39 BW tot nietigheid. De redelijkheid en billijkheid kan de gevolgen van deze nietigheid beperken. Het beginsel van partijautonomie pleit hiervoor: het pleit immers voor de vrijheid van de partijen om een rechtens afdwingbare overeenkomst te sluiten.¹⁷⁸ Daarnaast stellen verschillende auteurs dat de partijautonomie mede is gericht op de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁹ De partijen willen bij het sluiten van de overeenkomst dat deze op een redelijke manier wordt uitgevoerd. Deze benadering is echter niet geschikt om alle werkingen van de redelijkheid en billijkheid te verklaren. De redelijkheid en billijkheid kan immers ook gevolgen hebben die duidelijk afwijken van de oorspronkelijke bedoeling van (één van) de partijen.

De factor ‘rechtsbeginselen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Rechtsbeginselen zijn afgeleid uit het positieve recht. Zij zijn dus terug te vinden in de wet en het ongeschreven recht.¹⁸⁰ Het beginsel ‘*fraus omnia corrumpit*’ (bedrog vernietigt alles) is bijvoorbeeld terug te vinden in art. 7:930 lid 5 BW.¹⁸¹ Rechtsbeginselen vinden daarnaast dikwijls hun weerslag in de Grondwet of verdragen met een vergelijkbare

176 Zie over deze beginselen Abas 1972, p. 263, Nieuwenhuis 1979, p. 6-7 en 63-66, Brownsword 1996, p. 134-135, Du Perron 1999, p. 14-21, Hesselink, Du Perron & Salomons 2003, p. 1, Sieburgh 2004, p. 15-23, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 41-42, Hijma & Olthof 2011, p. 311, Swaenepoel 2011, p. 19-20, Bakker 2012, p. 31-35, Chitty/Whittaker 2012, nr. 1-028—1-038 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 462-463. Vergelijk daarnaast Nieuwenhuis 1979, p. 69-78 over de rol van het causa-beginsel, Nieskens-Isphording 1991, p. 127-128 over de rol van het *fait accompli* en Bakker 2012, p. 37-39 en 44-45 over de rol van de redelijkheid en billijkheid.

177 Zie bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 57 (Handelingen II), Brownsword 1999, p. 18, Lindenbergh 1999, p. 407-408, De Kluiver 2000, p. 229-230 en de §§ 1.3.4 en 1.6.

178 Vergelijk noot 186.

179 Zie bijvoorbeeld Brownsword 1996, p. 120-121, Valk 1999b, p. 496 en Wilhelmsson 1999, p. 177.

180 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1032 (T.M) en Metzger 2009, p. 16-17.

181 Van Kooten 2011, p. 828.

strekking.¹⁸² Het gelijkheidsbeginsel is bijvoorbeeld terug te vinden in de artt. 1 Gw, 26 IVBPR en 7 IVESCR.

Het beginsel van gelijkheid van schuldeisers ligt ten grondslag aan de Faillissementswet. Dit beginsel beïnvloedt de uitleg van art. 53 Fw.¹⁸³ Rechtsbeginselen beïnvloeden daarnaast de werking van andere open normen. Een overeenkomst in strijd met fundamentele beginselen van onze rechtsorde is in strijd met de openbare orde.¹⁸⁴ Rechtsbeginselen zijn tevens van invloed op de eventuele strijd met de goede zeden.¹⁸⁵ Het beginsel van partijautonomie, en het daaruit voortvloeiende beginsel van contractvrijheid, pleit niet alleen tegen een werking van de redelijkheid en billijkheid. Het pleit ook tegen de nietigheid van een overeenkomst op grond van de goede zeden.¹⁸⁶

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Ik geef enkele voorbeelden. Rechtsbeginselen beïnvloeden de werking van de Duitse *Treu und Glauben*.¹⁸⁷ Strijd met de fundamentele rechtsbeginselen van de lidstaten van de Europese Unie beperkt de rechtsgevolgen van een overeenkomst in de PECL en het DCFR.¹⁸⁸ De rechtsbeginselen die de rechtsstelsels gemeen hebben beheersen op grond van art. 340 VWEU de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie. Onteigening is op grond van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM slechts mogelijk onder de voorwaarden van de algemene beginselen van internationaal recht.

Waar een wil is, is een rechtsbeginsel. Het is mogelijk om een rechtsbeginsel te formuleren bij iedere werking van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval. De relevantie van iedere factor kan worden verklaard door een rechtsbeginsel te formuleren. De factor ‘rechtsbeginselen’ vertoont dan ook een overlap met alle andere factoren.

Ik geef enkele voorbeelden. Verschillende rechtsbeginselen kunnen worden vervangen door een beroep op een grondrecht.¹⁸⁹ De hierboven beschreven werking van het beginsel van partijautonomie kan ook worden verklaard vanuit de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming

182 § 2.5.2.

183 HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*).

184 HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 (*OZF/AZL*), HR 1 juni 2012, RvdW 2012, 765 (*Esmilo/Mediq*), Hoogervorst 1999, p. 140, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 345, Kemp 2012, p. 26 en Van Kooten (*Vermogensrecht*), art. 3:40 BW, aantekening 7.2.

185 Van den Brink 2002, p. 203 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 331. Vergelijk over Duits recht ook Van den Brink 2002, p. 150.

186 Van den Brink 2002, p. 213.

187 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, §242, nr. 148.

188 De artt. 15:101 PECL en II-7:301 DCFR.

189 § 2.5.2.

zijn met later gedrag'.¹⁹⁰ Verschillende rechtsbeginselen blijken uit het werk van de wetenschap.¹⁹¹ De factor vertoont in dit geval een overlap met de factor 'in Nederland levende rechtsovertuigingen'.¹⁹² Verschillende rechtsbeginselen verbinden gevolgen aan de verwijtbare gedragingen van een partij.¹⁹³ De factor 'verwijtbare gedragingen' kan de invloed van deze gedragingen ook verklaren.¹⁹⁴ Hartkamp en Sieburgh behandelen het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid.¹⁹⁵ Dit beginsel is van belang als er sprake is van ongelijkwaardigheid tussen de contracterende partijen. De factoren die vallen onder de subcategorie 'evenwicht tussen de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking' kunnen de invloed van deze ongelijkwaardigheid ook verklaren.¹⁹⁶

Welke benadering verdient de voorkeur? Ik pleitte al in § 1.4.1.1 voor een beperkte toepassing van de 'rechtsbeginsel benadering'. De relevantie van een rechtsbeginsel is afhankelijk van andere omstandigheden. Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* er verschillen bestaan in de kenmerken van de partijen bij de rechtsbetrekking. Een beroep op deze achterliggende omstandigheden is directer.

Een beroep op de factor 'rechtsbeginselen' kan, in combinatie met een beroep op de achterliggende factoren, de rol van de achterliggende factoren verduidelijken. Het rechtsbeginsel kan verklaren *waarom* de achterliggende factoren de werking van de redelijkheid en billijkheid nu juist op deze manier beïnvloeden. Rechtsbeginselen leiden echter, in tegenstelling tot in Nederland levende rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen,¹⁹⁷ niet tot een afwijkende invloed van de verschillende achterliggende factoren. Rechtsbeginselen zijn immers algemeen.¹⁹⁸ De invloed van ieder rechtsbeginsel kan ook worden verklaard door een directer beroep op de achterliggende factoren.

Rechtsbeginselen zijn een *hulpmiddel*. Zij zijn als hulpmiddel echter niet noodzakelijk. De factor 'rechtsbeginselen' heeft dan ook geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een gemotiveerd beroep op de achterliggende factoren bevat een verduidelijking van de

190 § 3.2.2.

191 Vergelijk Asser/Scholten 1974 (*Algemeen deel**), p. 63 en Scholten 1980, p. 3.

192 § 2.3.1.

193 Vergelijk bijvoorbeeld '*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*', '*fraus omnia corrumpit*', '*ex turpi causa non oritur actio*' en '*he who comes to equity must do equity*'.

194 § 3.2.1.

195 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 42.

196 § 7.2.

197 Vergelijk de §§ 2.3.1 en 2.3.2.

198 § 1.4.1.1.

invloed van deze factoren. Een apart beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ is overbodig.

2.5.2 Grondrechten

Grondrechten of ‘fundamentele rechten’ beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Niet alleen de nationale grondrechten oefenen invloed uit. Ook grondrechten uit internationale verdragen als het EVRM beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹⁹

Ik geef enkele voorbeelden.²⁰⁰ Een woningcorporatie verbiedt schotelantennes. Zij beperkt hiermee het recht op ontvangst van informatie. Handhaving van dit verbod is, mede gelet op art. 10 EVRM, in strijd met de redelijkheid en billijkheid.²⁰¹ Het in art. 11 Gw beschermde grondrecht van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam pleit tegen het aannemen van een aanvullende verplichting tot medewerking aan een bloedonderzoek.²⁰² In *Parallel Entry/KLM* beïnvloedde het gelijkheidsbeginsel de werking van de redelijkheid en billijkheid. Aan dit beginsel werd, gelet op de artt. 26 IVBPR en 7 IVESCR, zwaar gewicht toegekend.²⁰³ Het in de artt. 17 Gw en 47 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie beschermde grondrecht van toegang tot de rechter kan pleiten voor de vernietigbaarheid van een arbitraal beding op grond van art. 6:233 sub a BW.²⁰⁴

De factor ‘grondrechten’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Grondrechten beïnvloeden verhoudingen tussen een overheid en een burger direct. Zij beïnvloeden daarnaast de eisen en de werking

199 Van den Brink 2002, p. 48, Nieuwenhuis 2005, p. 265 en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 92 en 228-231.

200 Zie De Vos 2010, p. 153-164 voor een uitgebreidere behandeling van de invloed van grondrechten op het overeenkomstenrecht.

201 Hof Amsterdam 29 september 2009, NJ 2010, 658 (*Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal*). Zie voor een vergelijkbare casus ook HR 3 november 1989, NJ 1991, 168 (*Prins/Sint Joseph*), EHRM 16 december 2008, AB 2009, 286 (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*) en De Vos 2010, p. 160-161.

202 HR 12 december 2003, NJ 2004, 117.

203 HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (*Parallel Entry/KLM*). Zie ook § 2.5.1. Het gelijkheidsbeginsel is ook terug te vinden in het recht van de Europese Unie. Zie Sieburgh 2011a, in het bijzonder p. 800.

204 Rb. Leeuwarden 3 augustus 2011, LJN BR4256 (*Keuning/X*), Hof Amsterdam 17 april 2012, NJF 2012, 358 (*Bouwfonds Ontwikkeling/X*), Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, p. 487 en Zipprow 2012b, p. 291. Art. 6:233 sub a BW is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

van andere open normen.²⁰⁵ Zij beïnvloeden de eventuele nietigheid van een overeenkomst of andere rechtshandeling op grond van strijd met de openbare orde of de goede zeden.²⁰⁶ Grondrechten beïnvloeden eveneens de eventuele onrechtmatigheid van een gedraging.²⁰⁷

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Grondrechten beïnvloeden de werking van de Duitse *Treu und Glauben*²⁰⁸ en de Italiaanse *buona fede*.²⁰⁹ Ook in het buitenland beïnvloeden grondrechten het antwoord op de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad.²¹⁰ De grondrechten van het EVRM en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten maken op grond van art. 6 lid 3 VEU als algemene beginselen deel uit van recht van de Europese Unie.

Verschillende rechtsbeginselen zijn als grondrecht opgenomen in de grondwet of in een internationaal verdrag. Ik geef enkele voorbeelden. Het gelijkheidsbeginsel is opgenomen in de artt. 1 Gw, 26 IVBPR en 7 IVESCR. Het rechtszekerheidsbeginsel is onder meer terug te vinden in de artt. 14 lid 1 en 15 lid 1 Gw en 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Het beginsel van partijautonomie blijkt uit de artt. 8 en 19 lid 3 Gw.²¹¹ De factor 'grondrechten' vertoont daarom een overlap met de factor 'rechtsbeginselen'. Een beroep op beide factoren is even indirect. Beide factoren zijn normen. Hun invloed en relevantie zijn afhankelijk van andere omstandigheden. Een beroep op de factor 'grondrechten' is duidelijker. Grondrechten zijn geformuleerd in de Grondwet of in een verdrag. Het bestaan, de betekenis en de formulering van rechtsbeginselen zijn niet te herleiden tot een enkele duidelijk geformuleerde bron. De precieze inhoud van rechtsbeginselen is hierdoor minder duidelijk. Een beroep op de factor 'grondrechten' verdient om deze reden de voorkeur boven een beroep op de factor 'rechtsbeginselen'.²¹²

Grondrechten beschermen 'fundamentele' belangen zoals de rechten op vrijheid, lichamelijke integriteit en privacy. De factor 'grondrechten'

205 Van Gerven 1991, p. 83, Van den Brink 2002, p. 47-48, Nieuwenhuis 2005, p. 265, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 59 en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 92 en 228-231.

206 Zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 (*Mensendieck/Kerstens*) en Van den Brink 2002, p. 40-44. Zie ook Van den Brink 2002, p. 150 over Duits recht.

207 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (*Ferdi E*), Van den Brink 2002, p. 40 en 47 en De Vos 2010, p. 136-153.

208 Hesselink 1999, p. 45-46, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 145-147 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 56-67.

209 Hesselink 1999, p. 46-47.

210 De Vos 2010, p. 136-153.

211 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 58.

212 Vergelijk Hesselink 1999, p. 46.

vertoont daarom een overlap met de factor 'soort belang'.²¹³ Een beroep op de factor 'soort belang' is directer. De factor 'grondrechten' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als de rechtsbetrekking tot de aantasting van een fundamenteel belang leidt. Het omgekeerde geldt niet. De redelijkheid en billijkheid beschermt fundamentele belangen, ook als zij niet worden beschermd door een grondrecht.

Het gezag van de instantie die een norm voorschrijft, vergroot het gewicht van de achterliggende factoren.²¹⁴ Dit geldt echter alleen als de norm op enige manier bij het concrete geval betrokken is. Grondrechten zijn geschreven voor de rechtsbetrekkingen tussen de overheid en een burger.²¹⁵ Zij beïnvloeden deze verticale betrekkingen rechtstreeks.²¹⁶ Grondrechten zijn echter niet betrokken bij privaatrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee burgers. Niet *het grondrecht*, maar het *door het grondrecht beschermde belang* is betrokken bij een dergelijke betrekking. Grondrechten leiden niet tot een groter gewicht voor de in deze grondrechten beschermde fundamentele belangen. Een beroep op de factor 'grondrechten' verduidelijkt daarom niet. Het kan het gewicht van de betrokken belangen niet verklaren.

De factor 'grondrechten' speelt geen zelfstandige rol bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor 'soort belang' verdient de voorkeur. Deze factor legt het op zijn beurt af tegen de factor 'omvang belang'.²¹⁷ Een beroep op de factor 'omvang belang' verdient daarom de voorkeur boven een beroep op de factor 'grondrechten'.

2.5.3 Internationaal, Europees en buitenlands recht

Ook rechtsnormen die niet afkomstig zijn van Nederlandse bronnen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik heb in § 2.5.2 de rol van grondrechten afkomstig uit internationale verdragen al besproken. Ik bespreek in deze paragraaf de rol van andere niet-Nederlandse normen.

Het recht van de Europese Unie beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit vloeit voort uit de speciale kenmerken van het recht van de Europese Unie. Het recht van de Europese Unie kent een verplichting tot loyaliteit en het effectiviteitsbeginsel. Deze kenmerken

213 § 6.2.2. Vergelijk ook De Vos 2010, p. 4, 161-162, 202 en 204.

214 § 2.5.

215 Vergelijk Kortmann 2011, p. 132.

216 § 4.3.

217 Zie de §§ 6.2.1 en 6.2.2

verplichten de Nederlandse rechter, als orgaan van de lidstaat Nederland, tot een effectieve handhaving van het Europese recht.²¹⁸ Open normen zijn hiervoor een geschikt instrument. De redelijkheid en billijkheid pleit daarom voor een toepassing van het nationale recht die aansluit bij (de strekking van) het recht van de Europese Unie. Het VWEU, de ‘algemene beginselen van gemeenschapsrecht’ en de richtlijnen van de Europese Unie kunnen de werking van open normen zoals de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.²¹⁹

De factor ‘internationaal, Europees en buitenlands recht’ kan de werking van de redelijkheid en billijkheid ook beïnvloeden via een interpretatie van het Nederlandse recht conform het recht van de Europese Unie. De rechter is hiertoe in bepaalde gevallen verplicht.²²⁰ De redelijkheid en billijkheid en haar verbijzonderingen behoren tot het Nederlandse recht en dienen dus ook conform het recht van de Europese Unie te worden uitgelegd. Een beding is bijvoorbeeld eerder onredelijk in de zin van art. 6:233 sub a BW als het is opgenomen op de indicatieve lijst van Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten).²²¹ De rechter is niet in alle gevallen bevoegd of verplicht tot een richtlijnconforme interpretatie. Algemene rechtsbeginselen zoals het ‘rechtszekerheidsbeginsel’ begrenzen deze interpretatiewijze. Richtlijnconforme interpretatie kan voorts niet dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*.²²² Wel dient de rechter gebruik te maken van alle

218 Art. 4 lid 3 VEU, Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 95 en 103 en Aronstein 2011b, p. 55 en 61.

219 Snijders 2007b, p. 452-453, Hartkamp 2010b, p. 537, Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 92, 95, 103 en 158, Aronstein 2011b, p. 56 en Hartkamp 2011, p. 252.

220 Zie onder andere art. 4 lid 3 VEU, HvJ EG 27 juni 2000, nr. C-240-244/98 (*Océano*), HR 21 september 2012, *RvdW* 2012, 1135 (*ACI ADAM/De Thuis kopie*), Slot & Wissink 1999, p. 293, Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010, p. 1629 en 1636-1638, Aronstein 2011b, p. 70-74, Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 100, 106, 181-184 en 190 en Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, p. 486.

221 Hof Arnhem 12 oktober 2010, *LJN* BO7892 (*Cogas/X*), Rb. Leeuwarden 3 augustus 2011, *LJN* BR4256 (*Keuning/X*), Ktr. Utrecht 12 september 2012, *NJF* 2012, 463, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 479-480 en Zipprow 2012b, p. 291. De lijst is slechts indicatief. Een beding dat voorkomt op de lijst is niet noodzakelijkerwijs onredelijk. Zie hierover HvJ EG 7 mei 2002, nr. C-478/99 (*Commissie/Zweden*), HvJ EG 1 april 2004, nr. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*) en HR 21 september 2012, *RvdW* 2012, 1132 (*Van Marum/Wolff*). Art. 6:233 sub a BW is, gelet op het woord ‘onredelijk’ een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

222 HvJ EG 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis*), HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*), HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 (*Adeneler*), HvJ EG 23 april 2009, nr. C-378-380/07 (*Angelidaki*), HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09 (*Lufthansa*), HR 21 september 2012, *RvdW* 2012, 1135 (*ACI ADAM/De Thuis kopie*), Aronstein 2011b, p. 74-77, Asser/

uitlegmethoden die hem naar nationaal recht ter beschikking staan. Hij dient bij de richtlijnconforme interpretatie ook gebruik te maken van restrictieve uitlegmethoden.²²³

Het recht van de Europese Unie speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Europees recht beïnvloedt de werking van het gehele recht. Het heeft voorrang op het nationale recht.²²⁴ De interpretatie van het Nederlandse recht conform het recht van de Europese Unie is niet beperkt tot de redelijkheid en billijkheid. Het recht van de Europese Unie kan ook andere open normen beïnvloeden. Het VWEU kan invloed uitoefenen op de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid²²⁵ en de goede zeden.²²⁶

De invloed van het recht van de Europese Unie is niet beperkt tot het Nederlandse recht. De Europese rechtsorde heeft voorrang op het recht van alle lidstaten. Dit geldt ook voor de verplichting tot een uitleg van het nationale recht conform het recht van de Europese Unie. Deze invloed van het Europese recht is gebaseerd op het recht van de Europese Unie en geldt dus voor alle lidstaten. De invloed van het recht van de Europese Unie op de werking van open normen is evenmin beperkt tot het Nederlands recht.²²⁷

De factor 'internationaal, Europees en buitenlands recht' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Eén van de doelen van het recht van de Europese Unie is het creëren van een gemeenschappelijke markt. Dit leidt tot een overlap met de factor 'handelsverkeer'.²²⁸ De algemene beginselen van gemeenschapsrecht leiden tot een overlap met de factor 'rechtsbeginselen'.²²⁹ Deze beginselen zijn immers ook rechtsbeginselen.²³⁰ Een beroep op de factor 'internationaal, Europees en buitenlands recht' verdient de voorkeur. De andere factoren leggen op zichzelf niet zo veel gewicht in de schaal. Juist de kenmerken van het recht van de

Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 183, Keus 2011, p. 812-813 en Kersten 2012, p. 43. Zie voor concrete toepassingen van de begrenzing van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 november 2009, NJ 2010, 466 en Hof Arnhem 26 juli 2011, JAR 2011, 241 (X/Ploeg Ede).

223 Wissink 2001, p. 205-206 en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 182 en 183.

224 HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/ENEL*).

225 Hartkamp 2010b, p. 537 en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 94.

226 Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 95.

227 Vergelijk Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, §242, nr. 149, Hartkamp 2010b, p. 537 en Hartkamp 2011, p. 252.

228 § 6.4.4.

229 § 2.5.1.

230 Wissink 2001, p. 328, Snijders 2007b, p. 453, Aronstein 2011a, p. 820 en Aronstein 2011b, p. 73.

Europese Unie, namelijk de verplichting tot loyaliteit en het effectiviteitsbeginsel, verklaren de grotere rol van deze omstandigheden.

Ook buitenlands recht zonder rechtskracht in Nederland kan de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Ik geef enkele voorbeelden. Geen rechtsregel belet de rechter om bij het vaststellen van de omvang van een schadevergoeding op grond van art. 6:106 lid 1 BW rekening te houden met in andere landen toegekende bedragen. Deze toegekende bedragen zijn echter niet beslissend.²³¹

De ‘gangbare Chinese maatstaven omtrent wie als werkgever mag worden beschouwd’ kunnen het gerechtvaardigd vertrouwen van art. 3:35 BW beïnvloeden.²³² De formulering ‘Chinese maatstaven’ is niet helder. Gaat het slechts om de in Nederland levende ‘Chinese’ rechtsovertuigingen in de zin van § 2.3.1? Of is het werkelijke Chinese recht relevant?²³³ Welke lezing men ook aanhoudt, het Chinese recht is relevant. Chinees recht kan immers invloed uitoefenen op de Chinese rechtsovertuigingen.

Het nationale recht van het land van een partij bij een grensoverschrijdende overeenkomst kan de verwachtingen van deze partij beïnvloeden. Het is daarnaast denkbaar dat de verwachtingen van een partij worden beïnvloed door het recht *van het land van haar wederpartij*. De partij kan immers bekend zijn met dit rechtstelsel en de verklaringen van haar wederpartij uitleggen in het licht van dit stelsel. Al deze verwachtingen beïnvloeden, als het Nederlandse recht van toepassing is, de uitleg van een overeenkomst. Ook internationale verdragen kunnen op deze manier invloed uitoefenen op de verwachtingen van de partijen. De ‘*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*’ kan bijvoorbeeld invloed uitoefenen op de verwachtingen van de partijen bij een grensoverschrijdende koopovereenkomst. In theorie kunnen zelfs projecten als de *Principles of European Contract Law* en de *Draft Common Frame of Reference* invloed gaan uitoefenen op de verwachtingen van de partijen bij een overeenkomst.²³⁴

231 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (*Academisch Medisch Centrum/O*), HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (*Druiff/Bouw*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 142. Art. 6:106 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

232 HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*). Vergelijk Bakker 2011, p. 504-505 voor een ander voorbeeld. Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

233 Vergelijk in deze zin Dubbink 1990, p. 377.

234 De Advocaten-Generaal en lagere rechters verwijzen bij sommige conclusies en uitspraken naar dergelijke projecten, bijvoorbeeld in verband met de uitleg van het Weens Koopverdrag. Vergelijk bijvoorbeeld Hof ‘s-Hertogenbosch 16 oktober

Buitenlands recht speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een overeenkomst die het doel heeft om misbruik te maken van een buitenlandse rechtsregel kan naar Nederlands recht in strijd zijn met de goede zeden.²³⁵ De factor speelt ook een rol in andere rechtstelsels. In het Duitse recht kan buitenlands recht invloed uitoefenen op de *guten Sitten*.²³⁶

De factor ‘internationaal, Europees en buitenlands recht’ vertoont een overlap met de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’. Ik bespreek deze overlap in § 3.2.2.

Het is redelijk en billijk om rekening te houden met andere rechtstelsels. Buitenlands recht en het recht van de Europese Unie beïnvloeden het Nederlandse recht via de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid draagt op deze manier bij aan de harmonisering van het Europese privaatrecht.

2.6 Conclusie

De hoofdcategorie ‘normen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze invloed kan op twee manieren worden benaderd. De eerste benaderingswijze verklaart iedere werking van de redelijkheid en billijkheid vanuit de categorie ‘normen’. De andere categorieën zijn in deze benaderingswijze overbodig. Het is mogelijk om een relevante norm te formuleren voor iedere werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze norm kan op verschillende manieren worden geformuleerd. De norm is te formuleren als morele regel, rechtsovertuiging, regel van ongeschreven recht of rechtsbeginsel.²³⁷ Uit dit hoofdstuk blijkt echter dat deze benaderingswijze niet de voorkeur verdient. Een beroep op dergelijke normen is niet duidelijk en niet direct. Een beroep op de omstandigheden die tot de

2002, L/JN BA7248 (*X/Sicamus*), HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (*Inno/Sluis*), HR 21 september 2007, NJ 2009, 50 (*Kwekerij de Engel/Enthoven Electra*), Rb. Haarlem 16 juli 2008, L/JN BE9325 (*Prodema/Pontmeyer*), Rb. Amsterdam 3 juni 2009, L/JN BK0976 (*Vinmar/Andelini*), Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2012, L/JN BW0028 (*Scheuten/Cetema*), HR 11 mei 2012, NJ 2012, 318 (*Van Vliet/Dealkent*) en Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, L/JN BX6646 (*Lloyds/Heritage*). Deze bronnen zien niet op de invloed van deze projecten op het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen.

235 HR 16 november 1956, NJ 1957, 1 (*De Vries/Van Kroon*) en Van den Brink 2002, p. 216 en 223.

236 Staudinger/Sack/Fischinger 2011, § 138, nr. 653-665.

237 Zie de §§ 2.2, 2.3.1, 2.5 en 2.5.1.

relevantie van de norm leiden, verdient de voorkeur. Toch is de benaderingswijze niet zonder waarde. Zij maakt duidelijk dat een rechtsstelsel zonder directe invloed van de omstandigheden van het geval niet hoeft te leiden tot een kleinere rol voor deze omstandigheden. 'Normen' kunnen de invloed van de omstandigheden overnemen en verhullen.

Laat ik dit illustreren met een voorbeeld. Een overeenkomst heeft alleen gevolgen voor de partijen bij deze overeenkomst.²³⁸ Op deze hoofdregel bestaan verschillende uitzonderingen.²³⁹ Ook de redelijkheid en billijkheid kan een uitzondering maken op deze hoofdregel. Deze uitzondering is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zij is onder andere afhankelijk van factoren als 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' en 'samenwerking'.²⁴⁰ De uitzondering is ook te formuleren als een norm: een beding in een overeenkomst heeft gevolgen voor een derde als deze derde nauw samenwerkt met één van de partijen en het vertrouwen heeft gewekt dat hij aan het beding is gebonden.

De in dit voorbeeld gegeven regel is te eenvoudig geformuleerd. De redelijkheid en billijkheid kan eisen dat een beding, ondanks de nauwe samenwerking en het opgewekte vertrouwen, toch niet doorwerkt tegenover de derde. Dit is echter geen bezwaar. Ook deze werking van de redelijkheid en billijkheid kan als een regel worden geformuleerd. Het is bijvoorbeeld mogelijk om een uitzondering te formuleren. Uiteindelijk ontstaat op deze manier een verfijnd netwerk van regels. Deze regels houden gezamenlijk rekening met iedere relevante omstandigheid.

Deze benaderingswijze vertoont gelijkenis met het precedentenstelsel van de *common law*. Precedenten, de *ratio decidendi* van uitspraken van hogere rechters of hetzelfde gerecht, hebben bindende kracht.²⁴¹ Deze precedenten vormen een *regel*.²⁴² De regel is het uitgangspunt in vergelijkbare gevallen.²⁴³ Dit betekent echter niet dat de omstandigheden van een later geval geen rol spelen. De rechter kan onderscheid maken op grond van de feiten. Een eerdere uitspraak is niet bindend als de *ratio decidendi* geen betrekking heeft op de feiten van het onderhavige geval.²⁴⁴

238 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 514. Zie ook art. 1376 OBW.

239 Vergelijk bijvoorbeeld de artt. 6:252-257 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 523-524.

240 De §§ 3.2.2 en 5.2.3.

241 Haazen 2007, p. 243, Farnsworth/Sheppard 2010, p. 61 en Partington 2012, p. 63. Het *House of Lords* kan wel afwijken van zijn eerdere uitspraken. Zie *House of Lords* 26 juli 1966, *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234.

242 Blackstone/Coleridge 1825, p. 69.

243 Duxbury 2008, p. 112.

244 Duxbury 2008, p. 113 en Farnsworth/Sheppard 2010, p. 64-65.

De afwijkende uitspraak in het onderhavige geval fungeert vervolgens als precedent en dus als nieuwe regel.

Ik beweer hiermee niet dat de redelijkheid en billijkheid in werkelijkheid hetzelfde is als *'the beautiful art of distinguishing'*. Ik wil slechts aantonen dat open normen niet de enige manier zijn om de omstandigheden van het geval een rol te geven bij het bepalen van het recht. Een uitgebreid netwerk van normen kan deze functie ook vervullen.²⁴⁵ Deze methode verdient, zoals in dit hoofdstuk beschreven, echter niet de voorkeur.

In de tweede benaderingswijze is de rol van de categorie 'normen' bescheidener. De werking van de redelijkheid en billijkheid is in deze benadering niet langer volledig afhankelijk van normen. Normen spelen slechts een rol als zij op enige wijze bij het geval zijn betrokken. Een beroep op de factoren uit de hoofdcategorie 'normen' verdient in verschillende gevallen de voorkeur.

De factoren 'moraal', 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' en 'verkeersopvattingen' spelen een zelfstandige rol.²⁴⁶ De morele regels, rechtsovertuigingen en verkeersopvattingen van een beperkte groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De invloed van deze normen blijkt niet uit de wet of uit een andere factor. Ook de factor 'internationaal, Europees en buitenlands recht' speelt een zelfstandige rol. Het recht van de Europese Unie beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit vloeit voort uit de speciale kenmerken van het recht van de Europese Unie. Een beroep op andere factoren kan deze invloed niet verklaren.²⁴⁷

Normen kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid ook in combinatie met andere factoren beïnvloeden. De factoren 'gezaghebbende oordelen' en 'rechtsnormen' beïnvloeden het gewicht van andere factoren. Een factor legt meer gewicht in de schaal als zijn relevantie blijkt uit een rechterlijke uitspraak of een rechtsnorm.²⁴⁸ Verschillende normen beïnvloeden het antwoord op de vraag of het vertrouwen van een partij gerechtvaardigd is. Vertrouwen is eerder gerechtvaardigd als het voortvloeit uit een in een bepaalde kring geldende morele regel of overtuiging.

245 Verschillende auteurs stellen dan ook dat *common law* stelsels geen *good faith* nodig hebben. Zie bijvoorbeeld Bridge 1984, p. 413-414, Brownsword 1999, p. 21-25 en Hesselink 1999, p. 418.

246 De §§ 2.2, 2.3.1 en 2.3.2.

247 § 2.5.3.

248 De §§ 2.4 en 2.5.

Bepaalde verklaringen en gedragingen kunnen in een bepaalde bedrijfstak, streek, cultuur of rechtsstelsel iets anders betekenen dan in de rest van Nederland.²⁴⁹

De factoren 'gewoonten', 'rechtsbeginselen' en 'grondrechten' spelen geen zelfstandige rol. Een beroep op één van deze factoren kan altijd worden vervangen door een duidelijker en directer beroep op een andere factor.²⁵⁰

Een beroep op de factoren uit de hoofdcategorie 'normen' is niet direct. Een norm beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als andere factoren hem in het concrete geval relevant maken. Toch heeft de categorie 'normen' wel degelijk zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De categorie verklaart werkingen van de redelijkheid en billijkheid die de factoren uit de andere hoofdcategorieën niet kunnen verklaren. De normen beïnvloeden daarnaast de rol en het gewicht van de andere factoren.

²⁴⁹ § 3.2.2.

²⁵⁰ De §§ 2.3.3, 2.5.1 en 2.5.2.

HOOFDSTUK 3

GEDRAGINGEN EN GEBEURTENISSEN

3.1 Inleiding

Gedragingen en gebeurtenissen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze hoofdcategorie omvat feitelijke, fysiek waarneembare omstandigheden. De relevantie van deze hoofdcategorie is snel gegeven. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De feitelijke omstandigheden veranderen door gedragingen en gebeurtenissen. De redelijkheid en billijkheid eist dat er rekening wordt gehouden met deze nieuwe feitelijke omstandigheden.

Ik bespreek achtereenvolgens de rol van de gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking (§ 3.2), de gedragingen van derden (§ 3.3) en gebeurtenissen die niet het gevolg zijn van een gedraging van een bij de rechtsbetrekking betrokken partij (§ 3.4). Ik eindig met een conclusie over de hoofdcategorie (§ 3.5).

3.2 Gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking

De redelijkheid en billijkheid eist dat de partijen bij de rechtsbetrekking zich redelijk gedragen.¹ De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die deze plicht verzaakt. Niet alleen feitelijke gedragingen vallen onder deze factor. Een rechtshandeling, bijvoorbeeld een uitoefening van een recht, is ook een gedraging. Een gedraging kan daarnaast bestaan uit een niet-doen.²

Deze factor omvat de gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking. Dit betekent niet dat er een overeenkomst of enige vorm van samenwerking tussen deze partijen moet bestaan. Er bestaat ook een

1 Vergelijk de artt. 2:8 lid 1 en 6:2 lid 1 BW.

2 Zie bijvoorbeeld HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157 (*Transportbedrijf Jac. Kuijpers/Wijnveen Ede*) en § 3.2.2. Vergelijk ook art. 1:301 (1) PECL, PECL 2000, p. 122 en 125 en DCFR 2010, p. 67 onder 'Conduct'.

rechtsbetrekking tussen de schuldeiser en de schuldenaar bij een verbintenis. Deze verbintenis kan zelfs ontstaan door de gedraging zelf.

Verschillende gedragingen kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Ik geef in deze paragraaf een algemene beschrijving van de invloed van de gedragingen. In de volgende subparagrafen beschrijf ik enkele bijzondere categorieën gedragingen. Ik behandel achtereenvolgens de invloed van verwijtbare gedragingen (§ 3.2.1), eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag (§ 3.2.2), gedragingen die de rechten en plichten op onredelijke wijze beïnvloeden (§ 3.2.3) en verrijkende gedragingen (§ 3.2.4). Uit de §§ 3.2.3 en 3.2.4 blijkt dat een beroep op de factoren ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ en ‘verrijkende gedragingen’ niet de voorkeur verdient. Waarom dan toch deze paragrafen? Ik ontleen de factoren die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden aan de wet, de literatuur en de jurisprudentie.³ De invloed van de factoren ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ en ‘verrijkende gedragingen’ blijken uit de literatuur, uit de jurisprudentie en vooral uit de wet. Zij verdienen daarom een aparte behandeling.

De gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De gedragingen van de partijen na het sluiten van de overeenkomst, bijvoorbeeld de wijze waarop de partijen de overeenkomst uitvoeren, beïnvloedt de uitleg van deze overeenkomst.⁴ Hetzelfde geldt voor de gedragingen *voorafgaande aan* het sluiten van de overeenkomst. Deze gedragingen beïnvloeden het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij.⁵ Ook de reden of ‘grond’ voor een gedraging beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een opzegging van een overeenkomst waarvoor geen redelijke grond bestaat, kan in strijd zijn met de

3 De §§ 1.4.1.4 en 1.7.

4 HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 (*Volvo/Braam*), HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Instituut Schoevers*), HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (*Diosynth/Groot-van Veen*), HR 12 oktober 2012, NJ 2012, 589 (*Portier/Montessori*), Tjittes 2005, p. 9, Tjittes 2009, p. 39, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 363 en Houweling & Loonstra 2011, p. 173. Deze invloed kan ook vallen onder de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ (§ 3.2.2). De latere aanspraak moet in dit geval in strijd zijn met eerder gedrag. Aan dit vereiste is snel voldaan. Stilzitten, het niet protesten tegen de uitvoering van de andere partij, is immers ook een gedraging.

5 Art. 3:35 BW. Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Vergelijk ook § 1.3.3.2.

redelijkheid en billijkheid.⁶ Door middel van een ‘interconnectie-carroussel’ geldelijk voordeel behalen uit een mobiele telefonie ‘starterspakket’ is als ‘oneigenlijk gebruik’ in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁷

De factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Gedragingen leiden tot rechtsgevolgen. Dit geldt zowel voor feitelijke gedragingen als rechtshandelingen. De wet verbindt in verschillende artikelen rechtsgevolgen aan gedragingen. De wet verbindt bijvoorbeeld rechtsgevolgen aan het plegen van een onrechtmatige daad,⁸ inbezitneming⁹ en een buitengerechtelijke vernietiging.¹⁰ Ook de grond van een gedraging speelt een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet eist bijvoorbeeld op verschillende plaatsen een gegronde reden voor de beëindiging van een overeenkomst.¹¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De gedragingen van de partijen, inclusief de gedragingen na het sluiten van de overeenkomst, beïnvloeden de uitleg van een overeenkomst ook in verschillende andere Europese rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR*.¹² De grond van een gedraging beïnvloedt de buitenlandse rechtsstelsels eveneens. Het afbreken van onderhandelingen zonder goede reden kan in verschillende Europese rechtsstelsels tot aansprakelijkheid leiden.¹³ Onderhandelen

6 Ktr. Amsterdam 4 december 1917, NJ 1917, 1239, Rb. 's-Gravenhage 21 juni 1927, W 11804, 7 (*Wassenaar/Timmers*), HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 (*Sanders/Sanders*), HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*), Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*), Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, JOR 2011, 237 (*Ruijgrok/Rabobank*), Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011, 254 (*Rours/Rabobank*), HR 29 juni 2012, NJ 2012, 411 (*Van der Vliet/Berregratte*) en De Hoon 2005, p. 28-31. Een zwaarwegende grond is overigens niet altijd vereist. Zie HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685 (*De Ronde Venen/Stedin*), De Boer 2012, p. 22 en Valk 2012a, p. 178. Ook de vernietiging van een overeenkomst kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als hier niet voldoende grond voor bestaat. Zie HR 15 maart 1996, NJ 1996, 639 (*Tekon/Haaksbergen*).

7 HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone/ETC*). Samengevat werkte deze carrousel als volgt. ETC kocht 30.000 ‘iZi GO! pakketten’ bij Vodafone. ETC kreeg per pakket gratis beltegoed. Dit beltegoed werd vervolgens gebruikt om met een belcomputer een premium telefoonnummer te bellen. ETC beheerde dit premium telefoonnummer. ETC zette op deze manier het gratis beltegoed om in ‘gratis geld’.

8 Art. 6:162 lid 1 BW.

9 Art. 5:4 BW.

10 Art. 3:50 lid 1 BW.

11 Zie bijvoorbeeld de artt. 7:271 lid 4, 408 lid 2, 460, 504 lid 1 en 677 lid 1 en 7A: 1684 lid 1 BW. Zie ook De Hoon 2005, p. 18-20.

12 De artt. 1362 *Codice civile* (Italië), 1282 *Código Civil* (Spanje), 5:102 (b) *PECL* en II-8:102 (1) (b) *DCFR*, Hesselink 1999, p. 140-141 en *DCFR* 2010, p. 563-564. De gedragingen beïnvloeden de uitleg niet in alle rechtsstelsels. Zie bijvoorbeeld McMeel 2011, nr. 1.81-1.84, 5.60-5.108 en 5.134-5.158.

13 Hesselink 1999, p. 73-74, *PECL* 2000, p. 192 en *DCFR* 2010, p. 251.

zonder intentie om tot een overeenkomst te komen leidt tot aansprakelijkheid in verschillende rechtsstelsels, de PECL en het DCFR.¹⁴

De relevantie van iedere omstandigheid kan worden ‘vertaald’ in een relevante gedraging. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om onder bepaalde omstandigheden een beroep te doen op een recht. Deze benadering plaatst het beroep op het recht centraal. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt in deze benadering niet langer de gevolgen van de rechtsbetrekking. Zij beïnvloedt de toelaatbaarheid van een beroep op deze gevolgen.

De benadering beperkt een beroep op een recht. Zij ligt hierdoor vooral voor de hand bij het beschrijven van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De benadering is hiertoe echter niet noodzakelijk beperkt. Zij kan ook de aanvullende werking en de uitleg beschrijven. Het kan bijvoorbeeld in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid om een beroep te doen op de overeengekomen rechtsbetrekking terwijl deze op enige wijze dient te worden aangevuld.

De rechter volgt de benadering bij het formuleren van uitspraken waarin de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt toegepast. Hij beperkt in deze gevallen een beroep op het recht of op de regel. Het recht en de regel blijven onaangetast. Deze benadering sluit aan bij art. 1374 lid 3 OBW. Dit artikel reguleerde immers de *uitvoering* van een overeenkomst. De formulering gaat daarnaast terug tot de arresten die de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in zijn huidige vorm hebben ontwikkeld.¹⁵ Ook recentere uitspraken gebruiken een vergelijkbare formulering. Ik geef enkele voorbeelden. Een beroep op de nietigheid van een rechtshandeling kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.¹⁶ Hetzelfde geldt voor een beroep op een betalingsverplichting¹⁷ of op de verjaring van een recht.¹⁸ Uitspraken over rechtsverwerking zijn op een vergelijkbare manier opgebouwd. Er is

14 De artt. 2:301 (3) PECL en II.-3:301 (4) DCFR, PECL 2000, p. 192 en DCFR 2010, p. 251. Vergelijk ook Ruygvoorn 2012, p. 617.

15 Zie HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBLU*) en HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*). Zie Abas 1972, p. 109-176 voor een beschrijving van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de tijd voor deze arresten.

16 HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments/Sami Uoti*).

17 HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (*Eindhoven/Allianz*).

18 HR 4 november 1994, NJ 1996, 485 (*Oerlemans/Oerlemans*), Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*) en HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (*ABN AMRO/X*).

sprake van rechtsverwerking als het beroep op het recht in strijd is met eerdere gedragingen.¹⁹

De rechter gebruikt een dergelijke formulering overigens niet bij alle toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. In *Van Hese/Koninklijke Schelde Groep* oordeelde de Hoge Raad dat de *verjaringstermijn* buiten toepassing kan blijven als deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²⁰ In *Stichting FortisEffect/Nederland* oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat de *toepasselijkheid* van de artt. 2:107a BW en II.3.2 Fortis Governance Statement in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.²¹ De rechter gebruikt daarnaast een andere formulering bij de toepassing van verschillende wettelijke verbijzonderingen van de redelijkheid en billijkheid. Bij de toepassing van art. 7:904 lid 1 BW beperkt de redelijkheid en billijkheid zowel de verbindende kracht van de beslissing als het beroep op deze beslissing.²² De rechter gebruikt bij de toepassing van art. 6:258 BW een formulering die aansluit bij dit wetsartikel.²³

De benadering waarin iedere relevante omstandigheid wordt vertaald in een toepassing van de factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’, verdient niet de voorkeur. De benadering is indirect. Het antwoord op de vraag of een beroep in strijd is met de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden, en niet het beroep op het recht, beïnvloeden uiteindelijk de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De benadering is daarnaast onduidelijk. De nadruk op het beroep op het recht leidt tot onduidelijkheid over de precieze invloed van de redelijkheid en billijkheid op de rechtsbetrekking. De benadering wekt de suggestie dat het recht nog wel bestaat.²⁴ De precieze status van dit recht is echter onduidelijk. Leidt de benadering tot een niet-afdwingbare

19 Zie bijvoorbeeld HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*B/K Bank*) en HR 2 december 2005, NJ 2007, 5 (*WE Vastgoed/Henselmans*). Zie ook § 3.2.2.

20 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*). Vergelijk overweging 3.5 van de rechtbank. De rechtbank gebruikt de hierboven beschreven formulering wel. Vergelijk ook HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (*Rouwhoff/Eternit*) en HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (*De Jong/Optimodal*).

21 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 320 (*Stichting FortisEffect/Nederland*).

22 § 3.3.

23 Zie bijvoorbeeld HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (*Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein*), HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (*Den Dulk/Curaçao*) en HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*). Art. 6:258 BW is een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW. Zie § 3.4 over de verhouding tussen deze artikelen.

24 Vergelijk ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 974 (M.v.A. II) over het verschil tussen de artt. 6:248 lid 2 en 258 lid 1 BW.

natuurlijke verbintenis? Kan een rechtsopvolger onder bijzondere titel wel een beroep doen op het recht? Deze vragen ontstaan niet als de redelijkheid en billijkheid de gevolgen van het recht of de regel zelf beperkt. Een dergelijke beperking kan immers beperkt zijn tot een specifieke uitoefening van het recht, maar ook het recht geheel beperken. Dit is afhankelijk van de eisen van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval. De hierboven beschreven benadering mist deze flexibiliteit. De beperking van het beroep op een recht beperkt altijd slechts dit beroep.

De benadering is daarnaast onduidelijk doordat de formulering van de rechter niet duidelijk maakt *waarom* het beroep op het recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Is het beroep verwijtbaar?²⁵ Mist het beroep een redelijke grond? Is het beroep in strijd met eerdere vertrouwenopwekkende gedragingen?²⁶ Het noemen van de achterliggende omstandigheden verduidelijkt dit niet. De omstandigheden verklaren slechts waarom de redelijkheid en billijkheid een rol speelt in de concrete situatie. Zij maken niet duidelijk wat er onredelijk is aan het beroep zelf.

Er bestaat een principiële bezwaar tegen de benadering. Zij gaat uit van een verkeerd idee over de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Het is in deze benadering in strijd met de redelijkheid en billijkheid om te goeder trouw een beroep te doen op een recht. Een dergelijk beroep is echter niet onredelijk. De enkele omstandigheid dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat het beroep niet slaagt, brengt niet met zich dat het beroep zelf onredelijk is. Een ieder heeft het recht om te goeder trouw voor zijn belangen op te komen. Dit recht ligt aan de grondslag van ons rechtssysteem. Het is een 'fundamenteel' recht.²⁷ Het *beroep op het recht* dient slechts in strijd te zijn met de redelijkheid en billijkheid als zwaarwegende omstandigheden hiervoor pleiten.

De benadering is indirect, onduidelijk en verkeerd. Toch hanteert de rechter deze benadering. Dit valt te betreuen. Het beperken van de gevolgen van een recht of regel leidt tot meer duidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De jurisprudentie laat zien dat ook deze benadering mogelijk is. Deze benadering sluit bovendien beter aan bij de formuleringen van de artt. 6:2 lid 2 en 248 lid 2 BW.²⁸ Deze bepalingen

25 § 3.2.1.

26 § 3.2.2.

27 Vergelijk § 6.2.2.

28 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1595 (Nota II Inv.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 421.

beperken, in tegenstelling tot art. 1374 lid 3 OBW, de toepasselijkheid van de regel, en niet het beroep op deze regel.

De factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ is niet geschikt om iedere werking van de redelijkheid en billijkheid te verklaren. Een beroep op de achterliggende omstandigheden verdient de voorkeur. Dit betekent niet dat de factor geen of slechts een beperkte rol speelt. De invloed van een gedraging en haar kenmerken is dikwijls niet goed te verklaren door andere factoren. In deze situaties verdient een beroep op de gedraging de voorkeur. Ik geef verschillende voorbeelden in de volgende subparagrafen.

3.2.1 Verwijtbare gedragingen

Verwijtbare gedragingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die verwijtbaar handelt. De redelijkheid en billijkheid bevoordeelt de partij die niet of nauwelijks verwijtbaar handelt.

‘Verwijtbaar’ is slechts één van de manieren om te verwijzen naar afkeurenswaardig gedrag. De verwijtbare gedraging kan in veel gevallen ook worden beschreven als ‘onbehoorlijk’, ‘stotend’ of ‘wangedrag’. Al deze formuleringen duiden op (een bepaalde mate van) verwijtbaarheid. De factor ‘verwijtbare gedragingen’ omvat al deze gedragingen.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is niet afhankelijk van de kwalificatie van een gedraging als ‘verwijtbaar’. Zij is afhankelijk van de *mate* waarin de gedraging verwijtbaar is. Deze factor behandelt de invloed van het volledige spectrum van verwijtbaarheid. Hij behandelt de invloed van uiteenlopende gedragingen. Steeds beïnvloedt de gedraging de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* zij wel of niet verwijtbaar is.

De factor ‘verwijtbare gedragingen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De relevantie van de mate van verwijtbaarheid blijkt uit verschillende uitspraken van de Hoge Raad.²⁹ Ernstige verwijtbaarheid pleit voor het beperken van (een

29 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*), HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (*Staalgrit*), HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*), HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde*) en HR 15 februari 2008, NJ 2008, 111 (*Wustlich/Chromalloy Holland*). De precieze formulering verschilt. In *Saladin/HBU* en *Pseudo-vogelpest* gebruikt de Hoge Raad bijvoorbeeld de formulering ‘de zwaarte van de schuld’.

beroep op) de verjaring van een rechtsvordering.³⁰ De redelijkheid en billijkheid kan een beroep op huurbescherming beperken als de huurder zich ernstig heeft misdragen tegenover medebewoners en omwonenden.³¹ Ook het ontbreken van verwijtbaarheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beperkt (een aanspraak op) een dwangsom “indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht”.³²

Een partij dient redelijke maatregelen te nemen om het ontstaan van voor haar nadelige gevolgen te beperken. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die dit niet doet. De gevolgen zijn in een dergelijk geval de ‘eigen schuld’ van de benadeelde partij. De ‘eigen schuld’ van een partij bij een koopovereenkomst ten aanzien van een woning pleit tegen het beperken van de contractuele boete. Dergelijke eigen schuld bestaat als een partij er zelf voor kiest om geen makelaar in te schakelen.³³ Een partij die geen onderzoek doet, kan een dwaling aan zichzelf te wijten hebben. De eigen schuld van de dwalende pleit tegen het honoreren van een beroep op dwaling.³⁴ Eigen schuld pleit daarnaast voor een beperking van een beroep op art. 3:35 BW. Vertrouwen is niet gerechtvaardigd als de partij gehouden was nader onderzoek te doen naar de bedoeling van de verklarende partij.³⁵

De factor ‘verwijtbare gedragingen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Deze rol is het duidelijkst te zien in het strafrecht, waar begrippen als ‘opzet’ en ‘schuld’ een belangrijke rol spelen. Hij is hier echter niet tot beperkt. De factor speelt ook een rol in het burgerlijk recht. Onbehoorlijk en onzorgvuldig handelen is in strijd

30 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

31 HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 (*Herzfeld/Groen*).

32 BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (*Van der Graaf/Agio*) en HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (*Rupako/Karsten*).

33 HR 26 oktober 1990, NJ 1991, 22 (*Helder/Jonker-van der Weij*) en Hof Leeuwarden 28 februari 2012, NJF 2012, 154. In de laatstgenoemde uitspraak deed de koper een beroep op art. 6:94 BW. Dit artikel is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

34 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*), HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 242. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

35 Zie bijvoorbeeld HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (*Hazjani*), HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 (*Hajjout/Ijmah*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134. Art. 3:35 BW is, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

met de maatschappelijke betamelijkheid.³⁶ Verschillende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek verbinden gevolgen aan verwijtbaar gedrag.³⁷ De rol van 'eigen schuld' blijkt uit art. 6:101 lid 1 BW. De 'eigen schuld' van de benadeelde beïnvloedt zowel de wettelijke verdeling van de schade als de billijkheidscorrectie op deze verdeling.³⁸

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Hij beïnvloedt de werking van de buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid.³⁹ De Duitse *Treu und Glauben* verzet zich tegen de onbehoorlijke uitoefening van een recht.⁴⁰ De toelichting bij het DCFR noemt 'dishonesty', 'cheating' en 'malice' als voorbeelden van gedragingen die in strijd zijn met de *good faith and fair dealing*.⁴¹ De PECL en het DCFR beperken de schadevergoeding voor niet-nakoming tot de voorzienbare schade. Deze beperking geldt niet voor een opzettelijke of ernstig verwijtbare niet-nakoming.⁴² Een vergelijkbare regel is van toepassing in verschillende Europese rechtsstelsels.⁴³ De 'eigen schuld' van de schuldeiser leidt ook in verschillende Europese rechtsstelsels, de PECL en het DCFR tot een vermindering van de schadevergoeding.⁴⁴ Een partij die niet billijk handelt, heeft in het Engelse recht geen recht op de *equitable remedy* of

36 Vergelijk Wiarda/Koopmans 1999, p. 115-116, Sieburgh 2000, p. 74 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 56-57.

37 Zie bijvoorbeeld de artt. 3:44, 4:3 en 7:930 lid 5 BW.

38 Art. 6:101 lid 1 BW noemt de 'uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten' als relevante omstandigheid bij de toepassing van de billijkheidscorrectie. Dit duidt op de relevantie van een *vergelijking* van verschillende gedragingen. De jurisprudentie legt bij de toepassing van de billijkheidscorrectie echter steeds de nadruk op de bijzonder grote of bijzonder kleine verwijtbaarheid van een gedraging van *één van de partijen*. Zie bijvoorbeeld HR 9 november 2001, NJ 2002, 79 (*Van Doesburg/Tan*) (opzet of bewuste roekeloosheid aan de kant van de werknemer) en HR 3 juni 2005, NJ 2005, 286 (*Wijnand/Koblenz*) (ernst en mate van verwijtbaarheid van de fout van de bestuurder van een tram). Zie ook HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (*Van Keulen/Trias*) en HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*). De Hoge Raad legt in deze arresten de nadruk op de beperkte verwijtbaarheid aan de kant van het kind-gelaedeerde. Hij vergelijkt deze bijzonder kleine verwijtbaarheid vervolgens met de verwijtbaarheid van de bestuurder-laedens.

39 Hesselink 1999, p. 61-62.

40 MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 235-240 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 48-49.

41 DCFR 2010, p. 89. Zie ook PECL 2000, p. 114.

42 De artt. 9:503 PECL en III.-3:703 DCFR. Zie ook § 6.2.4 over de invloed van de voorzienbaarheid van de schade.

43 PECL 2000, p. 443 en DCFR 2010, p. 933. Zie over de invloed van de mate van schuld op de matiging van een vordering tot schadevergoeding ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404 (Vraagpunt), Maeijer 1962, p. 125-135 en Abas 2006, p. 24-44.

44 De artt. 9:505 (1) PECL en III.-3:705 (1) DCFR, PECL 2000, p. 447-448 en DCFR 2010, p. 937-939.

specific performance.⁴⁵ Het recht van de Europese Unie kent het *nemo auditur*-beginsel. Een partij behoort niet te profiteren van zijn eigen verwijtbare gedragingen.⁴⁶

Het laatste voorbeeld laat zien dat de factor ‘verwijtbare gedragingen’ een overlap vertoont met de factor ‘rechtsbeginselen’. Uit § 2.5.1 blijkt dat een beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ niet de voorkeur verdient.

De factor ‘verwijtbare gedragingen’ vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘moraal’.⁴⁷ Het overtreden van een morele regel is verwijtbaar. Een beroep op de factor ‘verwijtbare gedragingen’ verdient de voorkeur. Een beroep op deze factor is directer. De relevantie van de morele regel is immers afhankelijk van het overtreden van deze regel: een gedraging. Een gedraging kan echter ook verwijtbaar zijn zonder een morele regel te overtreden. Dit geldt vooral nu de precieze inhoud van morele regels niet gemakkelijk is vast te stellen.

Het gebruik van de factor ‘verwijtbare gedragingen’ is duidelijk en direct. Er is echter één probleem: wanneer is een gedraging verwijtbaar? Bedrog, misbruik van omstandigheden en strafbare of illegale handelingen zijn duidelijk onbehoorlijk. De verwijtbaarheid van een gedraging is echter niet altijd zo duidelijk.

Ik geef een voorbeeld. De factor vertoont een overlap met de factor ‘kenbaarheid’.⁴⁸ Een partij kan alleen rekening houden met de belangen van haar wederpartij als zij deze belangen kent. De partij die geen rekening houdt met de kenbare belangen van haar wederpartij handelt verwijtbaar, de partij die geen rekening houdt met niet-kenbare belangen niet. Een beroep op de factor ‘verwijtbare gedragingen’ is onvoldoende duidelijk. Het beroep maakt niet duidelijk *waarom* de gedraging verwijtbaar is. Juist de factor ‘kenbaarheid’ kan dit verklaren. De gedraging is wel of niet verwijtbaar *omdat* de belangen wel of niet kenbaar zijn. Een beroep op de factor ‘kenbaarheid’ is duidelijker.

Een beroep op de factor ‘verwijtbare gedragingen’ verdient slechts de voorkeur als de verwijtbaarheid van de gedraging niet afhankelijk is van andere factoren. De mate van verwijtbaarheid dient daarnaast duidelijk te zijn. Een beroep op de factor dient gepaard te gaan met een beschrijving van de verwijtbaarheid van de gedraging. Dit maakt een beroep op de factor controleerbaar en begrijpelijk.

45 “*He who comes to equity must do equity*”. Zie bijvoorbeeld Court of Appeal 30 juni 1976, *Shell (UK) Ltd v Lostock Garage Ltd*, [1976] 1 W.L.R. 1187, Hesselink 1999, p. 306 en Burrows 2004, p. 500.

46 HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99 (*Courage/Crehan*) en Van Kooten 2011.

47 § 2.2.

48 § 6.2.4. Zie § 7.4.2 voor een ander voorbeeld.

3.2.2 Eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag

Een eerdere gedraging kan de latere uitoefening van een recht beperken. Deze werking van de redelijkheid en billijkheid heet 'rechtsverwerking'.⁴⁹ Zij staat in verband met het rechtsbeginsel '*venire contra factum proprium*'.⁵⁰ Deze factor is echter niet noodzakelijk beperkt tot situaties die onder rechtsverwerking of *venire contra factum proprium* vallen. De factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' omvat een grote verscheidenheid aan gedragingen. Ik geef bij de bespreking van deze factor dan ook meer voorbeelden dan bij de meeste andere factoren. Toch behoren deze gedragingen wel degelijk bij dezelfde factor. Bij al deze gedragingen bestaat er een verschil tussen de eerdere gedraging en een latere aanspraak of andere gedraging. Juist deze discrepantie beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid eist consequent gedrag.⁵¹ De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die niet consequent handelt.

Inconsequent gedrag kan om verschillende redenen in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. De eerdere gedraging kan allereerst vertrouwen opwekken. De wederpartij ontleent vertrouwen aan de eerdere gedragingen. Dit vertrouwen beïnvloedt haar verwachtingen en gedragingen. De vertrouwenopwekkende partij moet instaan voor het opgewekte vertrouwen. De redelijkheid en billijkheid eist dat zij dit vertrouwen niet door een latere gedraging beschaamt. Deze 'vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen' beïnvloeden de redelijkheid en billijkheid uiteraard alleen als het opgewekte vertrouwen gerechtvaardigd is.⁵²

Door een overeenkomst te sluiten, wekt een partij het vertrouwen dat zij deze overeenkomst nakomt. De redelijkheid en billijkheid eist

49 Maeijer 1991, p. 18, Valk 1993, p. 1, Tjittes 2007a, p. 1 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 423 en 426.

50 Zie bijvoorbeeld Hesselink 1999, p. 62-63, De Kluiver 2000, p. 238-239, Tjittes 2007a, p. 1, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 286, Van Kooten 2011, p. 832 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 284.

51 Vergelijk Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 298 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 319 over de Duitse *Treu und Glauben*.

52 Vergelijk ook de artt. 3:35, 36 en 61 lid 2 BW. Deze artikelen zijn, gelet op het woord 'redelijkerwijze', in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid. Deze artikelen verbinden gevolgen aan de betekenis die de partij aan de verklaring of gedraging *mocht* toekennen. Vergelijk ook Smits 1995, p. 142. Smits betoogt dat het juridisch gerechtvaardigd vertrouwen niet altijd overeenkomt met het feitelijk gerechtvaardigd vertrouwen.

trouw aan het gegeven woord.⁵³ Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om het vertrouwen van de ander in dit gegeven woord te beschamen. Vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen pleiten daarom tegen een vergaande aanpassing van de overeenkomst. Zij pleiten vooral tegen een beperking van wat nadrukkelijk is afgesproken: het vertrouwen heeft immers vooral hierop betrekking. De factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' legt daarom standaard gewicht in de schaal tegen de aanpassing van een overeenkomst.⁵⁴

Vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen kunnen ook pleiten voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De gedragingen beïnvloeden de uitleg van een overeenkomst.⁵⁵ Zij kunnen daarnaast tot rechtsverwerking leiden.⁵⁶ De mate waarin en de wijze waarop een gedraging vertrouwen heeft opgewekt, beïnvloeden de eventuele aansprakelijkheid voor het afbreken van onderhandelingen.⁵⁷

Een niet-contractpartij kan het vertrouwen wekken dat zij gebonden is aan (een beding uit) een overeenkomst. Dergelijke gedragingen pleiten voor de doorwerking van een exoneratieclausule tegenover deze niet-contractpartij.⁵⁸ Omgekeerd kan de exonererende partij het vertrouwen opwekken dat een exoneratieclausule niet doorwerkt tegen de niet-contractpartij. Deze vertrouwenopwekkende gedraging pleit tegen de doorwerking van de clausule.⁵⁹

Inconsequente gedragingen kunnen de wederpartij benadelen. Deze gedragingen kunnen leiden tot rechtsverwerking.⁶⁰ Nadeel is echter geen harde eis. Ook inconsequente gedragingen die geen nadeel veroorzaken, kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.⁶¹

53 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969 (T.M.), Bregstein 1935, p. 14, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 444, Bakker & Haas 2010, p. 296, Bakker 2012, p. 39 en Wissink 2012b, p. 53.

54 Zie ook de §§ 1.3.4 en 1.6.

55 Art. 3:35 BW, Tjittes 2009, p. 52 en Bakker 2011, p. 483. Zie ook § 3.2.

56 HR 26 september 1997, NJ 1998, 20 (*Teernstra/Schouwink*), HR 28 november 2003, NJ 2004, 328 (*Marsman/H*), Valk 1993, p. 34-44 en Tjittes 2007a, p. 33-36.

57 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruijterij/MBO*).

58 HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (*Gegaste Uien*), 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (*Citronas*), HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 (*ODS/CPS*), Vranken 1997a, p. 20, Lammers 1999, p. 228 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 527.

59 HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (*Securicor*).

60 HR 5 november 1976, NJ 1977, 182 (*Flink/De Nijs*), HR 24 april 1998, NJ 1998, 621, Valk 1993, p. 59-70, Tjittes 2007a, p. 37-42 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 428.

61 HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*B/K Bank*), HR 29 december 1995, NJ 1996, 302 (*Slee/Rabobank*), Tjittes 2007a, p. 37, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 429 en

Inconsequent gedrag kan bestaan uit het stilzitten gedurende een bepaalde tijd. Ook dit stilzitten beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Stilzitten beïnvloedt de uitleg van een overeenkomst.⁶² De redelijkheid en billijkheid kan de verjaring van een rechtsvordering beperken. Stilzitten pleit tegen deze beperking. De eventuele beperking van de verjaring is immers mede afhankelijk van het antwoord op de vraag of er “na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld”.⁶³ Stilzitten kan ook voor de beperking van de verjaring pleiten. In *Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland* werd een beroep op verjaring niet gehonoreerd.⁶⁴ Eén van de omstandigheden die hiervoor pleitte was de afwachtende houding van schuldenaar. Deze houding zorgde ervoor dat de kwestie niet werd afgewikkeld. Het eerdere stilzitten blokkeerde in deze zaak het latere beroep op verjaring. Het enkele stilzitten leidt niet tot rechtsverwerking. Rechtsverwerking is echter wel mogelijk als het stilzitten vertrouwen opwekt of nadeel veroorzaakt.⁶⁵

De factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ omvat ook gedragingen die niet, of tenminste niet noodzakelijk, onder de categorieën vertrouwen, nadeel en tijdsverloop vallen.⁶⁶ Ik geef enkele voorbeelden. De partij die geheel vrijwillig een vreemde rechter inschakelt, kan na afwijzing van zijn vordering slechts in uitzonderlijke gevallen haar gelijk halen bij de Nederlandse rechter.⁶⁷ Een overeenkomst is nietig als wilsovereenstemming ontbreekt. De partijen kunnen desondanks op deze overeenkomst voortbouwen. Het voortbouwen pleit voor het beperken van een beroep op de nietigheid van de

§ 6.2.1. Nadeel werd in het verleden wel als een vereiste voor een rechtsverwerking gezien. Vergelijk Bakels 1993, p. 255, Valk 1993, p. 61-62, Tjittes 2007a, p. 41-42 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 428-429 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

62 HR 20 mei 1994, NJ 1994, 574 (*Gasunie/Anloo*) en Bakker 2011, p. 483.

63 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*).

64 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

65 HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (*Nederland/Terneuzen*), HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*B/K Bank*), HR 24 april 1998, NJ 1998, 621, Hof Amsterdam 11 januari 2011, LJN BR6417, Tjittes 2007a, p. 29-30 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 426. Vergelijk ook Valk 1993, p. 80-84. Valk betoogt dat de rechtszekerheid in bepaalde situaties juist gebiedt dat enkel tijdsverloop tot rechtsverwerking leidt. Zie ook Hof Amsterdam 2 oktober 2012, NJF 2012, 489 (*X/Stichtse Vecht*). Ook gedurende 300 jaar stilzitten, leidt niet tot rechtsverwerking.

66 Vergelijk Valk 1993. Valk behandelt het leerstuk van rechtsverwerking vanuit deze drie categorieën.

67 HR 14 november 1924, NJ 1925, 91 (*Bontmantel*).

overeenkomst.⁶⁸ De schuldenaar die erkent dat hij in verzuim is, verwerkt zijn recht een beroep te doen op het ontbreken van een ingebrekestelling.⁶⁹

Al deze gedragingen zijn inconsequent. De inconsequentie kan steeds gepaard gaan met nadeel of vertrouwen bij de wederpartij. Dit is echter niet noodzakelijk. Wat als de wederpartij mocht verwachten dat de partij het na een mislukt beroep bij de vreemde rechter ook bij de Nederlandse rechter zou proberen en de eerdere procedure haar bovendien niet heeft benadeeld? Het inconsequente gedrag beïnvloedt ook in dit geval de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid eist consequent gedrag en werkt in het nadeel van de partij die inconsequent handelt. Het inconsequente gedrag is ook een factor zonder bijkomend nadeel of vertrouwen.

De factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Stilzitten leidt tot verjaring. Een partij kan na een lange periode stilzitten niet alsnog haar recht uitoefenen. Handelen stuit de verjaring juist.⁷⁰

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De factor beïnvloedt de werking van de varianten op de redelijkheid en billijkheid in andere rechtsstelsels.⁷¹ Hierbij spelen vergelijkbare elementen een rol. In Duitsland verzet de *Treu und Glauben* zich bijvoorbeeld tegen de uitoefening van een recht in strijd met een vertrouwenopwekkende eerdere gedraging.⁷² Ook tijdsverloop beïnvloedt de werking van de *Treu und Glauben*.⁷³ Een partij handelt in het DCFR in strijd met de *good faith and fair dealing* als zij nadeel veroorzaakt door in strijd te handelen met een eerdere vertrouwenopwekkende gedraging.⁷⁴ Eerdere vertrouwenopwekkende gedragingen kunnen in het Engelse recht leiden tot het ontzeggen van de *equitable remedy of specific performance*.⁷⁵ Het recht van de Europese Unie kent het beginsel *venire contra factum proprium*.⁷⁶

68 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 139.

69 HR 20 januari 1921, NJ 1921, 363 (*Zwanenberg's Slachterijen en fabrieken/Böker*), De Vries 1997, p. 96-97, De Jong 2006, p. 40, Stolp 2007, p. 75 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 398.

70 De artt. 3:316 en 317 BW.

71 Hesselink 1999, p. 62-63. Hesselink verwijst naar bronnen uit Duitsland, Italië, Spanje, Portugal en Zwitserland. Zie ook Valk 1993, p. 117-118.

72 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 288 en 292-297 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 294-318.

73 Hesselink 1999, p. 63, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 302-318 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 329-388.

74 Art. I.-1:103 (2) DCFR.

75 Hesselink 1999, p. 307 en Burrows 2004, p. 502.

76 HvJ EG 7 februari 1973, nr. 39/72 (*Commissie/Italië*) en Van Kooten 2011, p. 832.

Opgewekt vertrouwen beïnvloedt ten slotte de totstandkoming van een overeenkomst in verschillende rechtsstelsels, de PECL en het DCFR.⁷⁷

De factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. De factor vertoont, op grond van het rechtsbeginsel *venire contra factum proprium*, een overlap met de factor 'rechtsbeginselen'. Uit § 2.5.1 blijkt dat een beroep op de factor 'rechtsbeginselen' niet de voorkeur verdient.

Inconsequent gedrag heeft gevolgen. Het kan bijvoorbeeld vertrouwen of nadeel veroorzaken. De factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' vertoont daarom een overlap met de factoren 'vertrouwen' en 'omvang belang'.⁷⁸

De factoren 'nadeel' en 'vertrouwen' beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het gewicht van deze factoren is echter beperkt. Verschillende oorzaken kunnen tot nadeel en vertrouwen leiden. Het is niet altijd redelijk om deze gevolgen bij de wederpartij neer te leggen. Dit wordt anders als het gedrag van de wederpartij het nadeel en vertrouwen veroorzaakt.⁷⁹ De redelijkheid en billijkheid eist consistent gedrag. Zij eist dat een partij instaat voor de gevolgen van haar inconsistente gedrag. Inconsequent gedrag vergroot het gewicht van de factoren 'vertrouwen' en 'omvang belang'.

Dit betekent niet dat nadeel en vertrouwen niet van belang zijn. De gevolgen van het inconsequente gedrag vergroten het gewicht van de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag'. Hoe groter de gevolgen van inconsequent gedrag, des te groter is de invloed van dit gedrag op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factoren 'nadeel' en 'vertrouwen' verduidelijken de gevolgen van het inconsequente gedrag.

Een combinatie van de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' en de factor 'nadeel' of 'vertrouwen' verdient de voorkeur. Inconsequent gedrag beïnvloedt het gewicht van de factoren 'nadeel' en 'vertrouwen'. Het omgekeerde geldt echter ook. Inconsequent gedrag legt meer gewicht in de schaal als het grotere gevolgen heeft.

77 De artt. 2:102 PECL en II-4:102 DCFR, PECL 2000, p. 145-146 en DCFR 2010, p. 274-276.

78 De §§ 4.6 en 6.2.1.

79 Vergelijk over vertrouwen HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (*Vas Dias/Salters*), HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809 (*Kamerman/Aro Lease*), HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruijterij/MBO*), HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*), Nieuwenhuis 1979, p. 8, Barendrecht 1996, p. 354 en Du Perron 1999, p. 18-19.

Een vertrouwenopwekkende eerdere gedraging beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid als dit vertrouwen gerechtvaardigd is. Of vertrouwen gerechtvaardigd is, hangt af van alle omstandigheden van het geval.⁸⁰

Allereerst zijn de kenmerken van de partijen van belang. De factoren ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’, ‘overheid’, ‘deskundigheid’ en ‘beperking’ beïnvloeden het antwoord op de vraag of het vertrouwen gerechtvaardigd is.⁸¹ Een partij mag minder vertrouwen schenken aan de gedragingen van haar wederpartij als de beperking van deze wederpartij hier aanleiding toe geeft.⁸² Een partij mag meer vertrouwen schenken aan de gedragingen van een professionele of deskundige wederpartij. Omgekeerd mag een deskundige of professionele partij minder snel vertrouwen op de gedragingen van haar wederpartij dan een particulier of een leek.⁸³ Een partij mag daarnaast meer vertrouwen schenken aan de gedragingen van een overheid. Een overheid is immers een professionele en deskundige partij.⁸⁴

De maatschappelijke kring waartoe de partijen behoren, speelt ook een rol. Bepaalde verklaringen en gedragingen kunnen in een bepaalde bedrijfstak, streek, cultuur of rechtstelsel iets anders betekenen dan in de rest van Nederland. De factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ vertoont daarom een overlap met de factoren ‘moraal’, ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, ‘verkeersopvattingen’, ‘gewoonten’ en ‘internationaal, Europees en buitenlands recht’.⁸⁵

Een combinatie van de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ en een factor uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ of de hoofdcategorie ‘normen’ verdient de voorkeur. Juist de combinatie van de factoren verklaart de relevantie van het vertrouwen.

Het opgewekte vertrouwen beïnvloedt uiteindelijk de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘eerdere gedragingen die

80 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134. Vergelijk ook de artt. 3:35, 36 en 61 BW. Deze artikelen zijn, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.

81 De §§ 4.2, 4.3, 4.4 en 4.9.

82 § 4.9.

83 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 241 (ABN Amro/Bitter), rechtsoverweging 4.7 van het Hof, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 175 (M.v.A. II), Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134 en Jansen 2013, p. 57. Vergelijk ook de artt. 6:101 PECL en II.-9:102 DCFR, Willett 1999, p. 77, PECL 2000, p. 299-302 en DCFR 2010, p. 583-588.

84 § 4.3.

85 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 en 2.5.3.

niet in overeenstemming zijn met later gedrag' is daarom directer. Een beroep op de factoren uit de hoofdcategorieën 'kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking' en 'normen' dient echter niet te ontbreken. Het verduidelijkt *of* en *waarom* het vertrouwen gerechtvaardigd is.

De redelijkheid en billijkheid eist consequent gedrag. Zij werkt in het nadeel van de partij die inconsequent handelt. Een beroep op de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' maakt duidelijk welke partij in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid. Het maakt duidelijk wie er verantwoordelijk is voor de ontstane situatie. Het antwoord op de vraag wie verantwoordelijk is, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor dient daarom niet te ontbreken.

3.2.3 *Gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden*

De redelijkheid en billijkheid eist dat een partij de rechten en plichten van haar wederpartij niet op een onredelijke wijze beïnvloedt. Zij werkt in het nadeel van de partij die dit wel doet. Een partij dient de rechten van een ander niet te frustreren. Zij dient het ontstaan of de uitoefening van deze rechten niet te beletten. De partij dient daarnaast geen handelingen te verrichten waarmee zij zichzelf op een onredelijke wijze bevoordeelt. Niet iedere gedraging die de rechten en plichten beïnvloedt, is in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Deze beïnvloeding moet op enige manier onredelijk zijn.

Ik geef enkele voorbeelden. Het beïnvloeden van de vervulling van een voorwaarde kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als de beïnvloedende partij belang heeft bij de (niet-)vervulling.⁸⁶ Een ontbindende voorwaarde kan bijvoorbeeld bestaan uit het niet rond krijgen van de financiering. Deze voorwaarde geldt niet als vervuld als de koper onvoldoende moeite heeft gedaan om deze financiering te verkrijgen.⁸⁷

Inconsequent gedrag kan de rechten van de wederpartij frustreren.⁸⁸ Een partij kan haar recht om te protesteren tegen de onbevoegdheid van 'scheidslieden' verwerken door de benoeming van bevoegde scheidslieden te blokkeren.⁸⁹ Een partij handelt in strijd met de redelijkheid en

⁸⁶ De artt. 4:133 en 139 en 6:23 BW.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 1983, NJ 1984, 809 (*Vorstermans/Stevens*) en HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (*Schilperoort/De Nijs*).

⁸⁸ Zie § 3.2.2 over de invloed van inconsequent gedrag op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

⁸⁹ HR 2 november 1922, NJ 1923, 90 (*Verwayen/Eerste Nederlandsche Automobiel Maatschappij*).

billijkheid als zij eerst toezegt mee te werken aan de schriftelijke vastlegging van een overeenkomst en vervolgens een beroep doet op het ontbreken van de vervulling van dit vormvereiste.⁹⁰

De factor ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een partij kan de inhoud en totstandkoming van een overeenkomst of andere rechtshandeling beïnvloeden door middel van bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling. Deze gedragingen leiden tot de vernietigbaarheid van deze overeenkomst of rechtshandeling.⁹¹ Een onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar is vernietigbaar als zij de verhaalsmogelijkheden van een schuldeiser beperkt en de schuldenaar dit bij het verrichten van deze handeling wist of behoorde te weten.⁹² Een wanprestatie of rechtsinbreuk frustreert de rechten van de rechthebbende. Een dergelijke wanprestatie of rechtsinbreuk uitlokken, kan in strijd zijn met de maatschappelijke betamelijkheid.⁹³

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR* kennen een met art. 6:23 BW vergelijkbare bepaling.⁹⁴ Deze stelsels verbinden daarnaast gevolgen aan (varianten op) de hierboven beschreven wilsgebreken.⁹⁵ De factor beïnvloedt ten slotte de werking van de buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid. Zo kan de Duitse *Treu und Glauben* de uitoefening van een op een onredelijke manier verkregen recht blokkeren.⁹⁶ De *Treu und Glauben* werkt daarnaast in het nadeel van de partij die de rechten van een ander frustreert.⁹⁷

90 HR 15 maart 1996, NJ 1996, 639 (*Tekon/Haaksbergen*) en Hesselink 1999, p. 123.

91 Zie de artt. 3:44 en 6:228 BW. Dwaling speelt alleen een rol bij overeenkomsten.

92 De artt. 3:45 lid 1 BW en 42 lid 1 Fw.

93 HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 (*Het Nederlands Beheersinstituut/Bonda*), HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (*Streefland/Van der Graaf*), HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (*Pos/Van den Bosch*), HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (*Curaçao/Boyê*), HR 6 maart 1987, NJ 1987, 809 (*Container Centralen/Dillewijn*), HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (*Van de Ven/Erven Slegers*), Du Perron 1999, p. 134-162 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 61 en 66.

94 De artt. 16:102 PECL en III.-1:106 (4) DCFR, PECL 2003, p. 236 en DCFR 2010, p. 696-697.

95 De artt. 4:103, 107, 108 en 109 PECL en II.-7:201, 205, 206 en 207 DCFR, PECL 2000, p. 227-228, 235-236, 255, 259 en 263 en DCFR 2010, p. 452-453, 464-465, 495-496, 503 en 510.

96 Hesselink 1999, p. 61, Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 238-245, MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 242 en 244-254 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 43-44.

97 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 246-250 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 277-283.

Een beïnvloeding van de rechten en plichten beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als zij op enige manier onredelijk is. Wanneer is een beïnvloeding van de rechten en plichten in strijd met de redelijkheid en billijkheid? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Verschillende omstandigheden maken de beïnvloeding van de rechten en plichten onredelijk. De onredelijkheid kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de onbehoorlijkheid van de beïnvloeding. Een onbehoorlijke beïnvloeding kan bijvoorbeeld bestaan uit het omkopen van een rechter of onafhankelijke instantie.⁹⁸ De onredelijkheid kan daarnaast voortvloeien uit de strijd met een eerdere gedraging. Ik heb hierboven enkele voorbeelden gegeven. De onredelijkheid kan ook voortvloeien uit de omvang van de schade die de wederpartij door de beïnvloeding lijdt. Een partij die de rechten van een ander frustreert, handelt onredelijk als zij haar doel ook kan bereiken zonder deze rechten te frustreren. De factor ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ vertoont om deze redenen een overlap met de factoren ‘verwijtbare gedragingen’, ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’, ‘omvang belang’ en ‘subsidiariteit’.⁹⁹

Dit zijn slechts voorbeelden. Ook andere omstandigheden kunnen de beïnvloeding van de rechten en plichten onredelijk maken. Deze voorbeelden laten echter zien dat de factor ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ op zichzelf maar weinig invloed uitoefent op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factor leidt slechts tot een nieuwe zoektocht naar de omstandigheden van het geval. Een beroep op de achterliggende factoren verdient de voorkeur. Een beroep op deze factoren maakt duidelijk *waarom* de beïnvloeding van rechten en plichten de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

Een beroep op de factor ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ maakt duidelijk dat de beïnvloeding van de rechten en plichten het gevolg is van een *gedraging*. Het maakt duidelijk welke partij verantwoordelijk is voor de beïnvloeding. Dit geeft de factor ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’ echter geen zelfstandige rol. Een beroep op de algemene factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ kan deze rol ook vervullen.¹⁰⁰ Het gevolg van de gedraging, de beïnvloeding van rechten en plichten, oefent geen zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het

98 Vergelijk PECL 2003, p. 234 en DCFR 2010, p. 694.

99 De §§ 3.2.1, 3.2.2, 6.2.1 en 7.4.2.

100 § 3.2.

3.2.4 Verrijkende gedragingen

gevolg beïnvloedt deze werking alleen als andere factoren hiervoor pleiten. De factor 'gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden' is overbodig. Hij speelt geen zelfstandige rol bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op deze factor verdient daarom niet de voorkeur.

3.2.4 Verrijkende gedragingen

De redelijkheid en billijkheid eist dat niemand ten koste van een ander wordt verrijkt.¹⁰¹ Een gedraging kan leiden tot een dergelijke verrijking. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de verrijkte partij.

De factor 'verrijkende gedragingen' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Onderhandelingen kunnen een partij informeren en verrijken. De verrijkte partij kan de onderhandelingen vervolgens afbreken. De verrijking pleit voor het aannemen van aansprakelijkheid voor de afbrekende partij.¹⁰² De arbeid van een vrouw kan bijdragen aan de opbouw van een pensioenreserve in de onderneming van haar man. Deze arbeid pleit voor een verplichting voor de man. Hij dient mee te werken aan de beschikbaarheid van een oudedagsvoorziening voor zijn echtgenote.¹⁰³ De enkele omstandigheid dat de arbeidsinspanning van de ene echtgenoot de andere heeft verrijkt, is echter onvoldoende om een tussen de partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen.¹⁰⁴

De invloed van de factor blijkt daarnaast uit de wettelijke regeling van de rechtmatige daden. Het zonder rechtsgrond geven van een goed leidt op grond van art. 6:203 lid 1 BW tot het ontstaan een vordering uit onverschuldigde betaling. Een ongerechtvaardigde verrijkte partij dient op grond van art. 6:212 lid 1 BW de schade van de verarmde partij te vergoeden. Een dergelijke ongerechtvaardigde verrijking kan het gevolg zijn van een gedraging. Een partij kan bijvoorbeeld buitengewone herstellingen verrichten aan het goed van een ander.¹⁰⁵ De belanghebbende is ten slotte, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, op grond van

101 Vergelijk D. 12,6,14 Pomponius, *Libro vicensimo primo ad Sabinum*. *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*. Zie ook Nieuwenhuis 1988a, p. 112-113 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 456.

102 Nieuwenhuis 1988a, p. 114.

103 HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617.

104 HR 25 november 1988, NJ 1989, 529.

105 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 674 (T.M.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 470. Vergelijk de artt. 3:220 lid 1 en 5:96 lid 1 BW.

art. 6:200 lid 1 BW verplicht de schade van de zaakwaarnemer te vergoeden.¹⁰⁶

Zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking vertonen een band met de redelijkheid en billijkheid. Zij zijn te beschouwen als in § 1.2.4 behandelde kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid. Deze visie is echter omstreden.¹⁰⁷ De band tussen deze leerstukken en de redelijkheid en billijkheid blijkt daarnaast uit de grote hoeveelheid preciseringen in de wettelijke regeling van deze leerstukken.¹⁰⁸ Deze preciseringen beïnvloeden de rechten en plichten die voortvloeien uit de rechtmatige daden.

De factor ‘verrijkende gedragingen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een partij kan gebruik maken van (niet-) ondergeschikten, vertegenwoordigers, zaken, opstallen, stoffen, stortplaatsen, mijnbouwwerken en dieren. Zij profiteert van dit gebruik. Dit profijt pleit voor het aannemen van risicoaansprakelijkheid.¹⁰⁹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De inspanningen van een partij die bijdragen aan een vermogensvermeerdering van haar echtgenoot, kunnen in Duitsland leiden tot het beperken van de rechtsgevolgen van *Gütertrennung*.¹¹⁰ De factor kan ook een rol spelen in het Engelse recht. In *Fisher v Brooker* bevoordeelde een partij haar wederpartij door 38 jaar stil te zitten. De wederpartij heeft in deze periode royalty's ontvangen waarop zij zonder het stilzitten geen recht zou hebben. Deze bevoordeling was één van de redenen om het beroep van de wederpartij op *laches*, een soort rechtsverwerking door stilzitten, niet te

106 Zie Schoordijk 1988, p. 22-23, Zwolve 1995, p. 158-159, Jansen 2005, p. 22, Schrage 2009, p. 5 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 395 over de verhouding tussen zaakwaarneming en verrijking. Zaakwaarneming is gericht op de belangen van de belanghebbende. Zaakwaarneming hoeft echter niet altijd te leiden tot een verrijking.

107 Zie in de eerste plaats D. 12,6,14. Zie over de grondslag van het leerstuk van zaakwaarneming daarnaast Jansen 2005, p. 22-23 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 392. Zie over de grondslag van het leerstuk van onverschuldigde betaling Van Kooten 2002, p. 25-28 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 416-418. Zie over de grondslag van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking Engelhard & Van Maanen 1998, p. 322, Snijders 2001a, p. 156, Snijders 2001b, p. 7, Hartkamp 2001, p. 317 en 331-332, Salomons 2001, p. 995, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 456, 459 en 478 en Hartlief 2012, p. 283-284.

108 Zie de artt. 6:198, 199 lid 1 en 2, 200 lid 2, 202, 204 lid 1 en lid 2, 207, 210 lid 2, 211 lid 1 en 212 lid 1 en 3 BW. Zie § 1.2.3 over deze preciseringen.

109 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 712 (T.M.), Van Lennep 1895, p. 97-124, Bruins 1906, p. 128, Slagter 1952, p. 73-74, 233 en 341 en Sieburgh 2000, p. 182-187. Zie ook de artt. 6:170-177 en 179 BW.

110 Hesselink 1999, p. 385.

honoreren.¹¹¹ Verschillende Europese rechtsstelsels en het *DCFR* kennen (varianten op) de rechtmatige daden.¹¹² Het recht van de Europese Unie kent een rechtsbeginsel dat zich verzet tegen het ontvangen of mogen behouden van een ongerechtvaardigde verrijking.¹¹³ Dit beginsel kan leiden tot een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.¹¹⁴

De factor ‘verrijkende gedragingen’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Het ‘verrijkingsbeginsel’ is een rechtsbeginsel.¹¹⁵ De factor ‘verrijkende gedragingen’ vertoont daarom een overlap met de factor ‘rechtsbeginselen’. Uit § 2.5.1 blijkt echter dat een beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ niet de voorkeur verdient.

Een verrijkende gedraging verstoort het evenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen. De factor ‘verrijkende gedragingen’ vertoont daarom een overlap met de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’.¹¹⁶ De factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ legt de nadruk op de *verrijking*. De factor ‘verrijkende gedragingen’ legt de nadruk op de *gedraging* die tot deze verrijking leidt. De voorkeur voor één van deze factoren is afhankelijk van het antwoord op de vraag welke omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid uiteindelijk beïnvloedt: de verrijking of de gedraging.

Uiteindelijk beïnvloedt de *verrijking* de werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit § 7.3.1 blijkt dat een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Een gedraging van een partij bij de rechtsbetrekking is hier niet voor nodig. Een dergelijke verrijking kan bijvoorbeeld ook voortvloeien uit onvoorziene omstandigheden.¹¹⁷

De nadruk op de gedraging kan juist tot onduidelijkheid leiden. Een gedraging van de verarmde partij kan een verrijking veroorzaken. Pleit deze *gedraging* voor een werking van de redelijkheid en billijkheid die deze verrijking compenseert? De gedraging pleit eerder *tegen* een dergelijke

111 House of Lords 30 juli 2009, *Fisher v Brooker*, [2009] UKHL 41.

112 Boek 5 en 7 DCFR, PEL/Von Bar 2006, p. 3-50, DCFR 2010, p. 2900-2903 en 3850-3859 en PEL/Von Bar & Swann 2010, p. 3-87. Ongerechtvaardigde verrijking omvat in verschillende rechtsstelsels ook onverschuldigde betaling. Zie hierover PEL/Von Bar & Swann 2010, p. 93-118.

113 HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-259/87 (*Griekenland/Commissie*), HvJ EG 16 december 2008, nr. C-47/07 P (*Masdar*) en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 137.

114 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-47/07 P (*Masdar*) en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 137.

115 Nieuwenhuis 1988a, vooral p. 112-113 en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 137.

116 § 7.3.1.

117 § 3.4.

werking. De partij heeft haar verarming zelf veroorzaakt, de verarming is dus de 'eigen schuld' van de verarmde partij.¹¹⁸

Niet de gedraging, maar de verrijking pleit voor een werking van de redelijkheid en billijkheid die de verrijking compenseert. Een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' verdient daarom de voorkeur. De factor 'verrijkende gedragingen' is overbodig. Hij speelt geen zelfstandige rol bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid.

3.3 Gedragingen van derden

De gedragingen van derden kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De kwalificatie van een iemand als 'partij' of 'derde' verschilt per rechtsbetrekking. Een derde bij de ene rechtsbetrekking kan een partij zijn bij een, eventueel gerelateerde, andere rechtsbetrekking. Een gedraging van iemand die geen partij is bij een overeenkomst, is niet noodzakelijk een gedraging van een derde. Deze gedraging kan leiden tot het ontstaan van rechten en plichten *voor deze niet-contractpartij*. De niet-contractpartij, een derde bij de overeenkomst, is een *partij* bij de op deze manier ontstane rechtsbetrekking. De gedraging valt daardoor onder de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking'.¹¹⁹ Slechts gedragingen die invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid in een rechtsbetrekking *waarbij de handelende persoon geen partij is*, zijn gedragingen van een derde.

Niet iedereen die geen partij is bij de rechtsbetrekking, is een derde. Een buitenstaander is pas een derde als hij op enige manier bij de rechtsbetrekking of (één van) de partijen is betrokken. De gedragingen van willekeurige derden vallen niet onder deze factor. Zij vallen onder de factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden'.¹²⁰ De aanpassing van een ministeriële regeling is bijvoorbeeld geen gedraging van een derde maar een gebeurtenis die onafhankelijk van de betrokken partijen optreedt. De minister is in de meeste gevallen immers niet betrokken bij de rechtsbetrekking of de partijen.

118 § 3.2.1. Zie over 'opgedrongen' verrijkingen ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 480-481 en Hartlief 2012, p. 263-264.

119 § 3.2. Zie bijvoorbeeld noot 58 en § 3.2.2 over de doorwerking van een exonertieclausule tegen een niet-contractpartij op grond van de vertrouwenopwekkende gedragingen van deze niet-contractpartij.

120 § 3.4.

Een partij kan in een bijzondere verhouding staan tot een derde. Deze verhouding kan de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De redelijkheid en billijkheid eist dat de partij instaat voor de gedragingen van de derde. Ik geef enkele voorbeelden. Een agent van een verzekeraar kan vertrouwen opwekken. Dit vertrouwen kan voor rekening komen van de verzekeraar.¹²¹ Een verkoper kan gebrekkige zaken leveren zonder de koper over het gebrek te informeren. De bekendheid van het gebrek aan een niet-leidinggevende ondergeschikte kan leiden tot de beperking van de gevolgen van een exonerationclausule.¹²² De gedraging bestaat in dit geval uit het niet-waarschuwen.

De gedragingen van derden kunnen daarnaast relevant zijn omdat zij de inhoud van een rechtsbetrekking bepalen. De partijen bij een rechtsbetrekking kunnen de inhoud van de rechtsbetrekking afhankelijk maken van het oordeel van de derde. Een dergelijk oordeel kan bijvoorbeeld zien op het vaststellen van de prijs of het beslechten van een conflict. Dit oordeel of 'bindend advies' beïnvloedt de rechtsbetrekking. Het advies is vernietigbaar indien gebondenheid aan het advies in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹²³

De factor 'gedragingen van derden' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een partij is op grond van de artt. 6:169-172 BW aansprakelijk voor de onrechtmatige daden van haar kinderen, (niet-)ondergeschikten en vertegenwoordigers. Een *orgaan van een partij* kan vertrouwen opwekken. De *partij* kan dit vertrouwen beschamen. Dit kan onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig zijn. De gedragingen van het orgaan dienen hiervoor in het maatschappelijk verkeer te gelden als gedragingen van de partij zelf.¹²⁴ Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden door een derde kunnen op grond van art. 3:44 lid 5 BW leiden tot de vernietigbaarheid van een rechtshandeling. Een derde kan ten slotte op grond van verschillende

121 Ktr. Haarlem 30 september 1949, NJ 1950, 854 (*Mij/Mandemaker*).

122 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*). Zie ook Rijken 1983, p. 187-189.

123 De artt. 7:904 lid 1 en 906 lid 2 BW, HR 29 januari 1931, NJ 1931, 1317 (*Vereeniging ter Bescherming van Meisjes/Dammers*), HR 11 juni 1965, NJ 1965, 258 (*Blenzo/Hedeman*), HR 15 juni 2012, *RvdW* 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 433. Vergelijk ook *Parl. Gesch. Boek* 6, p. 896 (T.M.): deze derde moet "te goeder trouw, dat wil zeggen met inachtneming van wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, te werk gaan."

124 HR 25 juni 2010, NJ 2010, 371 (*Gelderland/Vitesse*) en HR 23 december 2011, NJ 2012, 34 (*Erven Roosberg/Sint Eustatius*). Zie ook HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (*Kleuterschool Babel*).

leerstukken de bevoegdheid hebben om een partij te binden. Deze bevoegdheid kan bijvoorbeeld voortvloeien uit curatele, volmacht, de vertegenwoordiging van een vennootschap, vruchtgebruik en het beheer van een gemeenschappelijke goed.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Ook in verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR* kunnen de wilsgebreken worden veroorzaakt door een gedraging van een derde.¹²⁵ Deze stelsels beperken daarnaast de gevolgen van onredelijke beslissingen van derden.¹²⁶ Verschillende Europese rechtsstelsels en het *DCFR* kennen ten slotte risicoaansprakelijkheden.¹²⁷

De invloed van de factor ‘gedragingen van derden’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid is beperkt. Dit heeft verschillende oorzaken. Het Nederlandse recht kent een grote hoeveelheid leerstukken waarin de handelingen van een derde gevolgen hebben voor een partij. Deze leerstukken verminderen de noodzaak om de gedragingen van derden invloed te laten uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast pleit het stelsel van het privaatrecht tegen een dergelijke invloed. Het beginsel van partijautonomie brengt met zich dat de gedragingen van een partij slechts verplichtingen voor deze partij in het leven kunnen roepen.¹²⁸ De rechtszekerheid eist dat een uitzondering op dit beginsel wordt gebaseerd op een wettelijke bepaling.¹²⁹

Dit uitgangspunt blijkt ook uit de wijze waarop wordt omgegaan met situaties waarin de werking van de redelijkheid en billijkheid mede wordt bepaald door gedragingen van anderen dan de partijen bij de overeenkomst. In deze situaties wordt dikwijls de nadruk gelegd op omstandigheden waar de partijen zelf invloed op kunnen uitoefenen.

Een exoneratieclausule kan doorwerken tegen iemand die geen partij is bij de overeenkomst. Het tekenen van een de exoneratie is een gedraging van een derde. Deze gedraging beïnvloedt de rechten en plichten van de niet-contractpartij. De rechtspraak legt echter consequent de nadruk op de gedraging van de partij tegen wie de exoneratie doorwerkt. Deze partij kan het vertrouwen wekken dat zij gebonden is aan dit beding.¹³⁰ Ook art. 3:61 lid 2 BW biedt een voorbeeld van deze benadering. Het artikel legt de

125 De artt. 4:111 *PECL* en II-7:208 *DCFR*, *PECL* 2000, p. 273-274 en *DCFR* 2010, p. 517-518.

126 De artt. 6:106 (2) *PECL* en II-9:106 (2) *DCFR*, *PECL* 2000, p. 313 en *DCFR* 2010, p. 604-605.

127 De artt. VI- 3:104 en 201 *DCFR* en *DCFR* 2010, p. 3439-3452 en 3459-3477.

128 Du Perron 1999, p. 15, Valk 2010, p. 325 en Ernes & Lamers 2012, p. 453. Zie ook § 2.5.1.

129 Zie § 6.4.1.1 over de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’.

130 § 3.2.2.

nadruk op de vertrouwenopwekkende gedraging van de abusievelijk vertegenwoordigde. De vertrouwenopwekkende gedraging kan zelfs bestaan uit de indienstneming van de derde.¹³¹ Een schijn van volmachtverlening kan daarnaast ontstaan op grond van andere omstandigheden. De onbevoegd vertegenwoordigde moet wel op enige wijze voor deze omstandigheden verantwoordelijk zijn. De omstandigheden moeten *voor risico* van de onbevoegd vertegenwoordigde komen.¹³²

Ik heb hierboven enkele voorbeelden gegeven waarin de verhouding tussen de derde en één van de partijen leidde tot invloed van de gedragingen van de derde op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook hier kan de nadruk worden gelegd op de gedragingen van de partij. De aanstelling van de agent/werknemer is een gedraging van de partij. De partij is op grond van deze gedraging verantwoordelijk voor de gedragingen van de aangestelde derde.

De rol van de factor 'gedragingen van derden' bij het bepalen van de werking van de redelijkheid en billijkheid is marginaal. De factor dient in de meeste gevallen te worden vermeden. Het stelsel van ons privaatrecht verzet zich tegen een verdergaande invloed van de factor. Het verbindt liever gevolgen aan de handelingen van de partijen zelf. De gedragingen van derden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* de gedragingen van de partijen dit met zich brengen. Een beroep op de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' is daarom directer.

Een beroep op de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' is ook duidelijker. De partijen bij een rechtsbetrekking hebben in de regel niets te maken met gedragingen van derden. Een verwijzing naar de factor 'gedragingen van derden' is daarom onduidelijk. De relevantie van deze gedraging blijkt slechts door te verwijzen naar de gedraging van één van de partijen. Juist deze gedraging verklaart waarom de gedraging van de derde de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Andersom is de enkele beschrijving van de gedraging van de partij ook niet duidelijk. Waarom beïnvloedt het aannemen van een bepaalde werknemer de werking van de redelijkheid en billijkheid?

131 Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 (*Hartman/Bakker*). Art. 3:61 lid 2 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. De nadruk op de indienstneming is niet meer nodig. Vergelijk Ktr. Amsterdam 20 juni 2012, NJF 2012, 449 (*Spritecloud/Backbase*) en noot 132.

132 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (*ING/Bera*), HR 11 maart 2011, NJ 2012, 388 (*Van Zundert/Kort*), HR 2 december 2011, NJ 2012, 389 en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 390 (*Fujitsu/Exel*).

Omdat deze werknemer vervolgens contracten sluit zonder volmacht! Een beroep op de factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ verdient de voorkeur. Een beschrijving van de gedraging van de derde dient hierbij echter niet te ontbreken.

Het voorgaande geldt niet bij de beoordeling van de verbindende kracht van een ‘bindend advies’. Bij het beperken van een bindend advies is het minder eenvoudig om de nadruk te leggen op een andere factor. De beslissing om de inhoud van de rechtsbetrekking afhankelijk te stellen van een derde biedt geen uitkomst. Beide partijen hebben hiervoor gekozen. De beslissing komt niet voor rekening van één van de partijen.

Toch kan men ook hier de nadruk leggen op een andere factor. Men kan de nadruk leggen op *het beroep op* het oordeel. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om een ander aan een onredelijk bindend advies te houden. De nadruk ligt in deze benadering op de factor ‘gedragingen van partijen’. Sommige rechterlijke uitspraken volgen deze benadering.¹³³ De benadering verdient om de in § 3.2 beschreven redenen echter niet de voorkeur. Zij is daarnaast in strijd met de formulering van art. 7:904 lid 1 BW. Een beslissing van een derde is op grond van dit artikel vernietigbaar als de *gebondenheid* aan deze beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Sommige uitspraken sluiten aan bij de formulering van dit artikel.¹³⁴ De Hoge Raad is echter niet consistent. De redelijkheid en billijkheid beperkt zowel de verbindende kracht *van* het oordeel als *het beroep op* dit oordeel.¹³⁵

De inhoud van de beslissing van de derde kan pleiten voor de vernietigbaarheid van het advies. De inhoud kan bijvoorbeeld bestaan uit een onredelijke prijs of op een andere manier nadelig zijn voor één van de partijen. De factor ‘gedragingen van derden’ vertoont in dat geval een

133 Zie bijvoorbeeld HR 11 januari 1924, NJ 1924, 293 (*Pollaert/Heer*), HR 1 februari 1924, NJ 1924, 715 (*De Niet/De Niet*), HR 29 januari 1931, NJ 1931, 1317 (*Vereeniging ter Bescherming van Meisjes/Dammers*), HR 11 juni 1965, NJ 1965, 258 (*Blenzo/Hedeman*) en HR 22 december 2009, NJ 2010, 18 (*Bosman/Limburgs Advies Centrum*).

134 Zie bijvoorbeeld HR 12 september 1997, NJ 1998, 382 (*Confood/Zürich Verzekeringen*).

135 Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*). In dit arrest gebruikt de Hoge Raad beide formuleringen. Zie ook HR 25 maart 1994, NJ 1995, 23 (*Grond- en Exploitiatiemaatschappij Midden Gelderland/Lukken Foto & Design*): de bindende kracht van een oordeel kan worden bestreden als het onredelijk is om de partij aan het oordeel te houden. Vergelijk daarnaast HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (*Amsterdam/Honnebier*). De rechtbank en het hof oordeelden in deze zaak dat het onredelijk is dat de erfpachter aan het advies wordt gebonden. De Hoge Raad sprak echter over het *houden aan* een advies.

overlap met de factoren ‘omvang belang’ en ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’.¹³⁶

Een combinatie van de factor ‘gedragingen van derden’ en de factor ‘omvang belang’ of de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ verdient de voorkeur. Een beroep op de factoren ‘omvang belang’ en ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is directer. Het bindende advies is onredelijk *omdat* het één van de partijen op een onredelijke manier benadeelt. Een onredelijk bindend advies is niet snel vernietigbaar als het niet leidt tot nadeel voor één van de partijen.¹³⁷

Het enkele bestaan van nadeel leidt echter niet altijd tot een werking van de redelijkheid en billijkheid. De manier waarop het nadeel ontstaat, is van belang. Een beroep op het advies, en dus op de factor ‘gedragingen van derden’, maakt duidelijk dat het nadeel het gevolg is van de onredelijke beslissing van een derde. Het nadeel is niet veroorzaakt door de benadeelde partij zelf.

Ook de totstandkoming van de beslissing kan pleiten voor de vernietigbaarheid van het advies. De derde kan bijvoorbeeld het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden.¹³⁸ De factor vertoont in een dergelijk geval een overlap met de factor ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’.¹³⁹

Een combinatie van de factoren ‘gedragingen van derden’ en ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’ verdient de voorkeur. Een beroep op de factor ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’ is directer. Het advies is vernietigbaar *omdat* het niet op een redelijke manier tot stand is gekomen.

Het advies is een gedraging van een derde. *De derde* handelt onredelijk door het advies op een onredelijk tot stand te brengen. Een beroep op de factor ‘gedragingen van derden’ verduidelijkt dit. Het maakt duidelijk dat de totstandkoming niet, of tenminste niet helemaal, het gevolg is van gedragingen van de partijen. Niet de partijen, maar de derde is verantwoordelijk voor de totstandkoming van het advies.

¹³⁶ De §§ 6.2.1 en 7.3.1.

¹³⁷ HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1034 (*Delta Lloyd/N*), HR 25 maart 1994, NJ 1995, 23 (*Grond- en Exploitiatiemaatschappij Midden Gelderland/Lukkien Foto & Design*), HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (*Amsterdam/Honnebier*), HR 15 juni 2012, *RvdW* 2012, 852 (*X/Veldhuijzen van Zanten*) en Ernste 2012, p. 74. Zie ook de §§ 1.4.2 en 6.2.1.

¹³⁸ Rb. Utrecht 21 januari 2009, NJF 2009, 147 (*Falara/ABC Beheer*), HR 8 juli 2011, NJ 2011, 310 (*Blom/t Sleyk*) en Ernste 2012, p. 146, 155, 157 en 286.

¹³⁹ § 5.3.1.

3.4 Gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden

De omstandigheden van het geval kunnen ook veranderen door gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden. Ook deze gebeurtenissen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ kan worden beschouwd als een restcategorie. De factor omvat iedere relevante gebeurtenis die niet valt onder § 3.2 of § 3.3. De factor omvat gedragingen van partijen die niet bij de rechtsbetrekking zijn betrokken. Hij omvat daarnaast gebeurtenissen die zich onafhankelijk van enige menselijke gedraging voltrekken. Ook bij deze factor geldt dat een gebeurtenis eveneens kan bestaan uit het *uitblijven* van een verwachte verandering.¹⁴⁰

Een gebeurtenis die valt onder de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ is niet noodzakelijk op geen enkele wijze terug te voeren op een gedraging van één van de partijen. Ook een gebeurtenis die indirect het gevolg is van een gedraging van een betrokken partij valt onder deze factor. ‘Gewijzigde omstandigheden op het werk’ kunnen bijvoorbeeld het gevolg zijn van een door de werkgever, één van de partijen bij de arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer, uitgevoerde reorganisatie.¹⁴¹ Het antwoord op de vraag of de gebeurtenis valt onder de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ of onder de factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ is uiteindelijk afhankelijk van de formulering. Een rechter of auteur die benadrukt dat de veranderende omstandigheden zijn veroorzaakt door de gedraging van de partij doet een beroep op de factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’. Doet hij dit niet, dan doet hij een beroep op de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’.

Welke factor verdient in een geval van twijfel de voorkeur? Een beroep op de factor ‘gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking’ verdient de voorkeur als de gebeurtenis een direct, onmiddellijk en voorzienbaar gevolg is van de gedraging. Dit beroep legt de nadruk op de rol van de partijen bij het veroorzaken van de gebeurtenis. Het verdient de voorkeur als deze rol invloed uitoefent op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

140 Vergelijk bijvoorbeeld HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (*Briljant Schreuders/ABP*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 443.

141 HR 28 april 2000, NJ 2000, 565 (*Guitoneau/Midnet Tax*).

Een beroep op de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ verdient de voorkeur als de latere gebeurtenis verder is verwijderd van de gedraging. Dit beroep legt de nadruk op de gebeurtenis zelf. Het verdient de voorkeur als de *gebeurtenis*, en niet de gedraging die deze gebeurtenis indirect heeft veroorzaakt, de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

De invloed van de factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid blijkt uit art. 6:258 BW.¹⁴² Onvoorziene omstandigheden kunnen op grond van de redelijkheid en billijkheid leiden tot de wijziging of ontbinding van de overeenkomst. Een onvoorziene gebeurtenis kan om verschillende redenen relevant zijn. Ik geef enkele voorbeelden. De gebeurtenis kan nakoming uitermate bezwaarlijk maken of het evenwicht tussen de prestaties van een wederkerige overeenkomst geheel verstoren.¹⁴³ De gebeurtenis kan ook de zin van de overeenkomst wegnemen of het doel van de overeenkomst onbereikbaar maken.¹⁴⁴ De gebeurtenis kan ten slotte leiden tot nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die met zich brengen dat een vordering tot nakoming wordt afgewezen en de partij genoeg moet nemen met een schadevergoeding.¹⁴⁵

De invloed van de factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid is niet beperkt tot art. 6:258 BW. Hij blijkt allereerst ook uit de vergelijkbare artikelen 1:159 lid 3, 4:123 lid 1 en 5:78 sub a en 97 lid 1 BW. Hij blijkt daarnaast uit andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:258 BW is een precisering of *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW. De mogelijkheid om een beroep te doen op art. 6:258 BW beperkt de rechtsgevolgen van art. 6:248 BW. De omvang van deze beperking is echter beperkt tot gecompliceerde gevallen waarin alleen een constitutief vonnis recht doet aan de belangen van de partijen en derden.¹⁴⁶ Art. 6:248 BW blijft van toepassing op andere, eenvoudigere gevallen. De factor

142 Art. 1374 lid 3 OBW vervulde de rol van dit artikel onder het oude Burgerlijk Wetboek. Zie hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 439-440.

143 HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 (*Kriek/Smit*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969 (T.M.) en 977 (M.v.A. II), Levenbach 1923, p. 203, Lebens-de Mug 1981, p. 111, Nieuwenhuis 1988a, p. 116, Hesselink 1999, p. 353 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 443. Zie ook § 7.3.1.

144 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 969 (T.M.) en Hesselink 1999, p. 353.

145 HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (*Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein*), HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (*Den Dulk/Curaçao*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 453.

146 HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (*VvE/CSM*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 974 (M.v.A. II) en 1827 (M.v.T. Inv.), Peletier 1999, p. 97-100, Valk 1999a, p. 917, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 456-457 en Bakker 2012, p. 102. Zie ook § 1.2.3.

‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ speelt ook hier een rol.

Ik geef enkele voorbeelden. Tijdsverloop, een gebeurtenis waarop de partijen geen invloed kunnen uitoefenen, beïnvloedt het bestaan en de voorwaarden van een opzeggingsbevoegdheid van een duurovereenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁷ Een overeenkomst die grote initiële investeringen vereist, kan pas worden opgezegd na een periode waarin het mogelijk is deze investeringen terug te verdienen.¹⁴⁸ Veranderende omstandigheden kunnen pleiten voor een beperking van de gevolgen van een aanvankelijk redelijke exoneratieclausule.¹⁴⁹ Een werknemer dient zich op grond van art. 7:611 BW als goed werknemer te gedragen. Hij dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werkgever die verband houden met gewijzigde omstandigheden.¹⁵⁰

De factor ‘gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een gewijzigd loonindexcijfer leidt op grond van art. 1:402a lid 1 BW tot een wijziging van de alimentatieverplichting. Een reisorganisator kan een reisovereenkomst op grond van de artt. 7:504 lid 1 en 3 sub b BW opzeggen vanwege “abnormale en onvoorziene omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden.”

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP* kennen een leerstuk dat vergelijkbaar is met art. 6:258 BW.¹⁵¹ Titel 7.7A BW implementeert Richtlijn 90/314/EEG (pakketreizen). Art. 4 lid 6 sub b onder ii) van deze

147 HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (*Latour/De Bruijn*), Rb. Middelburg 25 april 2012, *LJN* BY0234 (*Enza/Agro Care*), Rb. Rotterdam (vzr.) 1 oktober 2012, *NJF* 2012, 495, Peletier 1999, p. 102 en De Hoon 2010, p. 1341.

148 Rb. Middelburg 25 april 2012, *LJN* BY0234 (*Enza/Agro Care*), *PECL* 2000, p. 316, Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*), nr. 157, *DCFR* 2010, p. 706 en De Hoon 2010, p. 1342.

149 Rijken 1983, p. 203-204.

150 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 767 (*Van der Lely/Taxi Hofman*), HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 565 (*Guitoneau/Midnet Tax*) en HR 11 juli 2008, *NJ* 2011, 185 (*Stoof/Mammoet*). De veranderende omstandigheden waren in deze zaken terug te voeren op gedragingen van de partijen. Dit is echter, gelet op de formulering van de Hoge Raad, geen vereiste. Art. 7:611 BW is een in § 1.2.4 behandelde kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Zie ook Tjittes 2012. Tjittes pleit voor een wijzigingsmogelijkheid van commerciële duurovereenkomsten onder dezelfde voorwaarden.

151 De artt. 6:111 *PECL*, III.-1:110 *DCFR* en 6.2.2 *UP*, Hesselink 1999, p. 319-363, *PECL* 2000, p. 328 en *DCFR* 2010, p. 716-718.

richtlijn verbindt gevolgen aan de in art. 7:504 lid 3 sub b BW genoemde omstandigheden.

De factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' hierboven beschreven.

Veranderende omstandigheden kunnen leiden tot een verstoring van het evenwicht tussen de prestaties van de partijen. De factor vertoont in dit geval een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.¹⁵²

Een combinatie van beide factoren verdient de voorkeur. Een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' is directer. Niet iedere verandering van de omstandigheden beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het gevolg van deze veranderende omstandigheden is relevant. De verandering oefent invloed uit *omdat* zij leidt tot een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten.

Een enkel beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' is echter niet duidelijk. Niet iedere onevenwichtige overeenkomst leidt tot een werking van de overeenkomst. Een beroep op de factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' verduidelijkt dat de partijen niet hebben gekozen voor de onevenwichtige verdeling. De onevenwichtige verdeling is niet de 'eigen schuld' van de verarmde partij.¹⁵³ Een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten legt meer gewicht in de schaal als zij het gevolg is van onvoorziene omstandigheden.

De factor vertoont een vergelijkbare overlap met de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'.¹⁵⁴ Een gebeurtenis kan ertoe leiden dat het doel van de overeenkomst niet meer kan worden bereikt. Een beroep op beide factoren verdient opnieuw de voorkeur. De gebeurtenis beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* zij het doel van de overeenkomst onbereikbaar maakt. De factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' vergroot het gewicht van de onbereikbaarheid van het doel. Hij laat zien dat de partijen niet verantwoordelijk zijn voor de onbereikbaarheid van het doel.

152 § 7.3.1.

153 Vergelijk § 3.2.1 over de invloed van 'eigen schuld'.

154 § 5.3.1.

3.5 Conclusie

De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De noemer omstandigheden is breder dan fysieke gedragingen en gebeurtenissen. Toch gaat er een zekere aantrekkingskracht uit van deze hoofdcategorie. Gedragingen en gebeurtenissen zijn objectief waarneembaar. Ze 'bestaan' ook zonder enige vorm van (juridische) kwalificatie of analyse. Dit onderscheidt de categorie van de andere hoofdcategorieën.

De factoren uit de andere hoofdcategorieën zijn afhankelijk van een analyse van gedragingen en gebeurtenissen. De factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'deskundigheid' beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁵ Maar wanneer is een partij professioneel of deskundig? Dit blijkt uiteindelijk uit haar gedragingen. Een partij hangt bijvoorbeeld een bord met het woord 'bakker' op. Uit deze gedraging blijkt dat zij op het gebied van brood deskundig en professioneel is. De invloed van de factor 'rechtsnormen' is afhankelijk van de inhoud van het recht.¹⁵⁶ Deze inhoud is onder andere vast te stellen aan de hand van gedragingen van de wetgever. De wetgever kan bijvoorbeeld een wet uitvaardigen. Een wet bevat *rechtsnormen*. Een wet *uitvaardigen* is echter een gedraging. Op deze manier is de invloed van iedere factor afhankelijk van omstandigheden die vallen onder de hoofdcategorie 'gedragingen en gebeurtenissen'.

Deze benadering verdient niet de voorkeur. Dergelijke 'gedragingen en gebeurtenissen' zijn indirect en verduidelijken niet of nauwelijks. Een beroep op de inhoud van de wet is duidelijker dan een beroep op de uitvaardiging door de wetgever. Wel legt de benadering een zwak punt van de andere hoofdcategorieën bloot. De factoren uit de andere hoofdcategorieën vereisen een extra analyse. De factoren eisen in de eerste plaats een analyse van de rol en het gewicht van een factor in een concreet geval. Dit is bij de hoofdcategorie 'gedragingen en gebeurtenissen' niet anders. De factoren uit de andere hoofdcategorieën eisen *daarnaast* een analyse van de achterliggende gedragingen en gebeurtenissen. Deze extra analyse moet uitwijzen dat de omstandigheid werkelijk bestaat. Zij zal in veel gevallen geen problemen opleveren. Extra obstakels zijn echter denkbaar. Men kan bijvoorbeeld twisten over de strekking van een norm¹⁵⁷ of de

155 De §§ 4.2 en 4.4.

156 § 2.5.

157 § 2.5.

deskundigheid en professionaliteit van een partij.¹⁵⁸ De extra analyse is niet nodig bij de factoren uit de hoofdcategorie 'gedragingen en gebeurtenissen'. De relevantie en invloed van deze factoren is immers niet afhankelijk van *andere* gedragingen en gebeurtenissen.

Een afgezwakte vorm van de hierboven beschreven benadering is duidelijk zichtbaar in de in § 3.2 besproken jurisprudentie over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De rechter motiveert een groot gedeelte van zijn uitspraken over de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met een beroep op een gedraging. Niet het rechtsgevolg, maar het beroep op het rechtsgevolg is in het concrete geval in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Deze benadering is ook toepasbaar bij de andere functies van de redelijkheid en billijkheid. De factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' maakt op deze manier de andere factoren overbodig. Uit § 3.2 blijkt echter dat ook deze afgezwakte vorm niet de voorkeur verdient.

Abas benadert de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid op een vergelijkbare wijze. Een schuldeiser kan onredelijk handelen door een prestatie te *bedingen*. Hij *handelt* onredelijk als hij de schuldenaar aan zijn verplichting wil houden terwijl de schuldenaar een gegronde reden heeft om de nakoming te weigeren. De schuldenaar moet een gegronde reden hebben om niet of niet onder dezelfde voorwaarden te contracteren. Een dergelijke gegronde reden ontstaat door *veranderende omstandigheden*.¹⁵⁹

Deze benadering is opnieuw niet noodzakelijk beperkt tot de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt de rechtsbetrekking als de betrekking een leemte bevat.¹⁶⁰ Ook hier is het mogelijk om de nadruk te leggen op veranderende omstandigheden. Een leemte ontstaat, of blijkt te bestaan, door veranderende omstandigheden. Deze kunnen een gegronde reden opleveren om de overeenkomst slechts te sluiten na opvulling van de leemte.

Ook deze benadering verdient niet de voorkeur. De benadering is indirect. Wanneer leveren de veranderende omstandigheden een gegronde reden op? Het ontstaan van een gegronde reden is afhankelijk van andere factoren. De gegronde reden kan bijvoorbeeld ontstaan door het nadeel dat deze veranderingen voor de schuldenaar veroorzaken. Het

158 De §§ 4.2 en 4.4.

159 Abas 1972, p. 265-266 en 277.

160 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 403.

ontstaan van een gegronde reden is in dit voorbeeld afhankelijk van de factor 'omvang belang'.¹⁶¹

De benadering is daarnaast onduidelijk. Omstandigheden kunnen veranderen door gedragingen van partijen, gedragingen van derden en door gebeurtenissen waar de partijen geen invloed op kunnen uitoefenen. Abas maakt echter geen onderscheid tussen de verschillende oorzaken die leiden tot veranderende omstandigheden. Dit is een gemis. Het antwoord op de vraag wie de verandering heeft veroorzaakt is van belang. Het antwoord op de vraag wie verantwoordelijk is voor de veranderende omstandigheden, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁶²

Verschillende benaderingen verklaren iedere werking van de redelijkheid en billijkheid vanuit factoren die behoren bij de hoofdcategorie 'gedragingen en gebeurtenissen'. Deze benaderingen verdienen echter niet de voorkeur. Dit betekent niet dat de factoren uit de categorie geen zelfstandige rol spelen.

De factoren uit de categorie zijn in de eerste plaats van belang omdat zij duidelijk maken dat de werking en de eisen van de redelijkheid en billijkheid niet vaststaan vanaf het moment van de totstandkoming van de rechtsbetrekking. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Gedragingen en gebeurtenissen zijn relevante omstandigheden. Zij kunnen zich ook voordoen na de totstandkoming van de rechtsbetrekking. De gedragingen en gebeurtenissen kunnen bovendien leiden tot veranderingen in de andere omstandigheden. De omstandigheden van het geval blijven ook na het ontstaan van de rechtsbetrekking veranderen, de eisen en de werking van de redelijkheid en billijkheid veranderen mee.

Juist de verandering in de omstandigheden kan de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Een enkele onevenwichtigheid in de prestaties leidt bijvoorbeeld niet snel tot een werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit is anders als deze onevenwichtigheid het gevolg is van veranderende omstandigheden.¹⁶³

De factoren uit de categorie zijn daarnaast van belang omdat zij duidelijk maken wie verantwoordelijk is voor een bepaalde omstandigheid. Een beroep op (een subfactor van) de factor 'gedragingen van de partijen bij de rechtsbetrekking' maakt duidelijk dat één van de partijen verantwoordelijk is voor de gedraging.

161 Abas 1972, p. 268 en § 6.2.1.

162 Vergelijk de §§ 3.2.2, 3.3 en 3.4.

163 § 3.4.

Ik geef een voorbeeld. De factoren ‘vertrouwen’ en ‘omvang belang’ beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁴ De factoren leggen echter meer gewicht in de schaal als het vertrouwen en nadeel zijn veroorzaakt door de andere partij.¹⁶⁵ De ‘eigen schuld’ van de benadeelde vermindert het gewicht van deze factoren juist.¹⁶⁶ De nadruk op de verantwoordelijkheid van één van de partijen verklaart het wisselende gewicht van andere factoren. De rol van verantwoordelijkheid verklaart ook de beperkte invloed van de factor ‘gedragingen van derden’.¹⁶⁷ Een beroep op een omstandigheid waarvoor één van de partijen verantwoordelijk is, verdient de voorkeur.

Een beroep op een factor uit deze hoofdcategorie verdient niet de voorkeur als zowel de ‘verantwoordelijkheid’ als de ‘verandering’ niet van belang is. Dit blijkt bijvoorbeeld uit § 3.2.4. Het antwoord op de vraag wie verantwoordelijk is voor de verrijking, speelt geen bijzondere rol. Een verrijking leidt ook tot een rechtsbetrekking als deze het gevolg is van een gedraging van de verarmde partij. De rechtsbetrekking ontstaat bovendien op het moment van de verrijkende gedraging. Eventuele latere gedragingen spelen geen bijzondere rol.

164 De §§ 4.6 en 6.2.1.

165 § 3.2.2.

166 § 3.2.1.

167 § 3.3.

HOOFDSTUK 4

KENMERKEN VAN DE PARTIJEN BIJ EEN RECHTSBETREKKING

4.1 Inleiding

Een partij heeft verschillende kenmerken. Zij is bijvoorbeeld slim, machtig, rijk, oud, blond of lang. Sommige van deze kenmerken beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik bespreek deze relevante kenmerken in dit hoofdstuk.

Deze hoofdcategorie behandelt de invloed van de kenmerken van *een* partij. Ook de kenmerken van haar wederpartij beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook deze wederpartij is immers *een* partij bij de rechtsbetrekking. De hoofdcategorie besteedt echter geen aandacht aan de *relatieve* kenmerken van de partijen. Ik bespreek de invloed van de verschillen tussen de partijen in de subcategorie ‘evenwicht tussen de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’.¹ Ik bespreek de overlap tussen de factoren uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ en de factoren uit de subcategorie ‘evenwicht tussen de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ in de §§ 4.2, 4.4, 4.7 en 4.8.

Vrouwe Justitia is blind. Het gelijkheidsbeginsel eist een gelijke behandeling van gelijke situaties.² De Grondwet verzet zich tegen discriminatie ‘op welke grond dan ook’.³ Waarom is het dan toch redelijk om rekening te houden met de kenmerken van de partijen? De kenmerken beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid om verschillende redenen.

De kenmerken van partijen zijn in de eerste plaats van belang omdat zij leiden tot de betrokkenheid van normen. Deze normen beïnvloeden vervolgens de werking van de redelijkheid en billijkheid. Bepaalde morele regels, in Nederland levende rechtsovertuigingen, verkeersopvattingen, gewoonten, rechtsnormen en buitenlandse rechtsregels zijn alleen bij het

1 § 7.2.

2 Zie over dit beginsel ook § 2.5.1.

3 Art. 1 Gw. Vergelijk ook de artt. 20 en 21 Handvest grondrechten van de Europese Unie en 14 EVRM.

geval betrokken als de kenmerken van de partijen hiervoor pleiten.⁴ De partijen behoren bijvoorbeeld tot een bepaalde kring waarbinnen specifieke morele regels gelden. De kenmerken van de partijen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid op deze manier slechts indirect. De norm is de uiteindelijke relevante factor. De kenmerken van de partijen zijn in sommige gevallen alleen van belang omdat ze tot de toepasselijkheid van een norm leiden. Een beroep op deze kenmerken verduidelijkt nauwelijks. De kenmerken verduidelijken slechts *dat* de norm van toepassing is. In andere gevallen verduidelijken de kenmerken van de partijen de invloed van de normen wel degelijk. De factor ‘overheid’ kan bijvoorbeeld verklaren waarom de rol van de factor ‘grondrechten’ onder bepaalde omstandigheden beperkt is.⁵

De kenmerken van de partijen zijn daarnaast van belang omdat zij het bestaan van bepaalde omstandigheden kunnen impliceren. De factor ‘financiële positie’ geeft een aanwijzing over de mogelijke gevolgen voor de partij.⁶ Een partij met een sterke financiële positie kan een schadepost gemakkelijker dragen dan een partij met een zwakke financiële positie. De factor ‘deskundigheid’ beïnvloedt het vertrouwen dat de partij opwekt.⁷ Een partij mag er op vertrouwen dat de deskundige wederpartij de getekende overeenkomst begrijpt. De factoren uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ vertonen in deze gevallen een overlap met deze andere factoren.

De kenmerken van de partijen zijn ten slotte van belang op grond van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beschermt zwakke partijen en stelt hogere eisen aan sterke partijen. Verschillende kenmerken beïnvloeden de sterkte van een partij en daarmee de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoe sterker de partij, hoe strenger de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Deze eis kan worden gebaseerd op de Bijbel.⁸ Gelijke situaties verdienen een gelijke behandeling. De wisselende kenmerken van de partijen leiden er echter toe dat de situatie niet langer gelijk is.⁹ Ook het rechtsbeginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid biedt een verklaring voor de invloed van de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking. Dit rechtsbeginsel pleit

4 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.5 en 2.5.3.

5 § 4.3.

6 § 4.8.

7 De §§ 3.2.2 en 4.4.

8 *Lucas*, 12:48: “Van iedereen aan wie veel gegeven is, zal veel worden geëist, en hoe meer aan iemand is toevertrouwd, des te meer zal van hem worden gevraagd”. Vertaling uit NBV Studiebijbel 2008.

9 Vergelijk Aristoteles 1997, boek 5, hoofdstuk 3, nr. 6.

voor dwingendrechtelijke normen die de ongelijkwaardigheid tussen partijen compenseren.¹⁰ Sociaal en economisch zwakkeren verdienen bescherming tegen sterkere partijen.¹¹ De redelijkheid en billijkheid is één van de normen die de ongelijkwaardigheid kan compenseren.

Verschillende kenmerken beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik behandel achtereenvolgens de invloed van de maatschappelijke positie of professionaliteit (§ 4.2), de positie van een overheid (§ 4.3), deskundigheid (§ 4.4), de kennis van een concreet feit (§ 4.5), vertrouwen (§ 4.6), de mogelijkheden tot belangenbehartiging (§ 4.7), de financiële positie (§ 4.8), beperkingen (§ 4.9) en de afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser (§ 4.10). Ik eindig met een conclusie over de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ (§ 4.11).

4.2 Maatschappelijke positie of professionaliteit

De rechtspraak verwijst geregeld naar de ‘maatschappelijke positie’ van een partij. De rechter noemt de factor dikwijls bij een opsomming van relevante factoren.¹² Maar wat is een ‘maatschappelijke positie’ eigenlijk? De maatschappelijke positie van een partij is in de eerste plaats afhankelijk van de professionaliteit van deze partij.

Ik gebruik in deze paragraaf de termen ‘particulier’ en ‘professionele partij’. Deze termen kunnen worden vervangen door begrippen als ‘consument’, ‘niet-bedrijfsmatige partij’, ‘koopman’, ‘ondernemer’ en ‘bedrijfsmatige partij’. Ook deze begrippen beschrijven de mate van professionaliteit van een partij. Ik gebruik de term ‘particulier’ dan ook om te duiden op een niet-professionele partij en *niet* om te duiden op een niet-overheid.

De inhoud van de begrippen ‘particulier’ en ‘professionele partij’ blijkt uit de wet. Verschillende wettelijke bepalingen beschermen een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een¹³ of zijn¹⁴

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 42.

11 Vergelijk onder andere Tjittes 1994, p. 243-245, Smits 1995, p. 258-261, Vranken 1997a, p. 13, Klomp 1998, p. 198, Huls 1999, p. 402, Slot & Wissink 1999, p. 288, Mendel 2000, p. 137, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 42, Hartkamp 2010a, p. 37-38, Mak 2011, p. 700, Swaenepoel 2011, p. 23 en § 7.2.

12 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*).

13 Bijvoorbeeld de artt. 6:236 en 237 en 7:2 lid 1 en 408 lid 3 BW. Zie ook Hartkamp 1991, p. 100, Tjittes 1994, p. 1, Klomp 1998, p. 193 en Hartkamp 2010a, p. 42.

14 Bijvoorbeeld de artt. 1:88 lid 1 sub c en 7:601 lid 1 en 857 BW en 1:1 onder *consument* Wft.

beroep of bedrijf of ten behoeve van dit bedrijf.¹⁵ Van belang is dus niet alleen het antwoord op de vraag of een partij een beroep of bedrijf uitoefent, maar ook of dit beroep of bedrijf iets te maken heeft met het concrete geval.¹⁶ Een professionele partij is een partij die geen particulier is. Het is een partij die wel handelt in de uitoefening van een¹⁷ of zijn¹⁸ beroep of bedrijf. De begrippen 'beroep' en 'bedrijf' dienen ruim te worden geïnterpreteerd. Een winstoogmerk is niet noodzakelijk.¹⁹ Ook een niet-commerciële organisatie kan een professionele partij zijn.

De professionaliteit van een partij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beschermt zwakke partijen en stelt hogere eisen aan sterke partijen. Een professionele partij is *dikwijls* sterk en een particulier *dikwijls* zwak. De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' verduidelijkt de rol van verschillende andere factoren. De professionaliteit van een partij *is* geen relevante factor, zij *vestigt een vermoeden* over de rol van andere factoren. De kwalificatie als professionele partij suggereert dat de partij deskundig is. Een particulier is lang niet altijd deskundig.²⁰ Een grote ondernemer heeft dikwijls goede mogelijkheden tot belangenbehartiging en een sterke financiële positie. Een particulier heeft minder invloed op de inhoud van de overeenkomst en minder financiële reserves.²¹ De belangen van een bedrijf zijn in de meeste gevallen zakelijk. De belangen van de particulier kunnen belangrijker zijn. De aantasting van zijn belangen kan ingrijpen in zijn persoonlijke leven.²² Ten slotte heeft een professionele partij een groter belang bij rechtszekerheid.²³

De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Hij moet echter niet met deze

15 Bijvoorbeeld de artt. 1:88 lid 1 sub d en lid 5 en 7:857 BW.

16 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1651 (M.v.T. Inv.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 499-500.

17 Bijvoorbeeld de artt. 6:200 lid 1 en 7:404 en 408 lid 2 BW, Hartkamp 1991, p. 100, Tjittes 1994, p. 1 en Klomp 1998, p. 193.

18 Bijvoorbeeld de artt. 7:405 lid 1, 406 lid 2 en 601 lid 1 BW.

19 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1003 (M.v.A. II Inv.) en Tjittes 1994, p. 1. Vergelijk ook HR 2 april 1982, NJ 1983, 429 (NCB/Kamer van Koophandel Midden-Brabant).

20 § 4.4.

21 De §§ 4.7 en 4.8.

22 § 6.2.2. Ik geef een voorbeeld. De executie van een hypotheekrecht op een woning beïnvloedt de huisvesting van de particulier. De gevolgen voor de executerende bank zijn slechts zakelijk.

23 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO), Lichtenauer 1935, p. 357-358, Houwing 1947, p. 15, Van Delden 1992, p. 18, Tjittes 1994, p. 25, Haak 1997, p. 119, Tjittes 2005, p. 20, Rinkes 2006, p. 14, Hartman Kok 2007, p. 163, Schelhaas 2008, p. 150-151, Tjittes 2009, p. 24-25, Bakels 2011, p. 94, Bakker 2011, p. 477, McMeel 2011, nr. 1.90-192, Van

factoren worden vereenzelvigd. De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ vestigt slechts een vermoeden. Dit vermoeden komt niet in ieder concreet geval overeen met de werkelijkheid. De achterliggende factoren kunnen in een concreet geval een andere rol spelen. Een particulier kan deskundig zijn en een professionele partij kan een zwakke onderhandelingspositie hebben.²⁴

De wet beschermt particulieren. Professionele partijen krijgen geen bescherming. Verschillende auteurs betogen dat professionele partijen ook geen bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid verdienen. De redelijkheid en billijkheid speelt volgens hen slechts een beperkte rol in ‘het handelsverkeer’ of in rechtsbetrekkingen tussen twee professionele partijen.²⁵ Het handelsverkeer en de professionele partijen vertonen enkele typische kenmerken die zich verzetten tegen de invloed van de redelijkheid en billijkheid. De hang naar rechtszekerheid, de handelsmoraal, de risico’s die altijd zijn verbonden aan het drijven van een onderneming, de mogelijkheden tot spreiding van deze risico’s en het internationale en dynamische karakter van het handelsverkeer pleiten tegen een werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁶ De invloed van deze kenmerken uit zich in een taalkundige uitleg van de overeenkomst²⁷ en een beperkte rol voor (de beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid.²⁸

Deze opvatting dient te worden verworpen. De opvatting houdt geen rekening met de steeds wisselende omstandigheden van het geval.

Rossum 2011a, p. 10, Van Rossum 2011b, p. 117, Bakker 2012, p. 51-52 en Chitty/Whittaker 2012, nr. 1-036. Deze bronnen behandelen behalve de behoeftes van commerciële partijen ook de behoeftes van ‘het handelsverkeer’. Ook het handelsverkeer heeft behoefte aan rechtszekerheid. Zie ook de §§ 6.4.1.1 en 6.4.4.

²⁴ Zie noot 29.

²⁵ Vergelijk ook de §§ 6.4.4 en 7.2.1.

²⁶ Brunner 1992, p. 95 en Tjittes 1994, p. 24-30. Vergelijk ook Wissink 2012a, p. 29.

²⁷ Zie bijvoorbeeld HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*), HR 4 juni 2010, NJ 2010, 312 (*Euroland/Gilde Buy-Out Fund*), Hof Arnhem 14 februari 2012, JOR 2012, 138 (*MyPoint/IPG*), Hof Arnhem 28 augustus 2012, NJF 2012, 446 (*X/Goed Vast Goed*), Van Delden 1992, p. 18, Hartman Kok 2007, p. 163, Tjittes 2007b, p. 420, Schelhaas 2008, p. 150 en 159, Tjittes 2009, p. 25-27, Bakker 2012, p. 52, Wissink 2012a, p. 28 en Wissink 2012b, p. 44.

²⁸ HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (*Matatag/De Schelde*), HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (*GTI/Zürich Verzekeringen*), Hof Leeuwarden 8 januari 2013, LJN BY8106 (*X/Farmex*), Brunner 1992, p. 95, Van Delden 1992, p. 18, Haak 1997, p. 119, Lindenberg 1999, p. 408, Drion 2005, p. 1781, Schelhaas 2008, p. 150 en 154-156, Van Rossum 2011a, p. 10 en Van Rossum 2011b, p. 117.

De ene professionele partij is de andere niet.²⁹ Het is niet redelijk en billijk om een particulier op allerlei manieren te beschermen en een startende, in deeltijd werkende zelfstandige zonder personeel op geen enkele wijze. De werking van de redelijkheid en billijkheid is niet afhankelijk van de *kwalificatie* als particulier of als professionele partij. De werking is afhankelijk van de *mate* van professionaliteit. Hoe professioneler de partij, hoe minder bescherming zij krijgt op grond van de redelijkheid en billijkheid. Een particulier verdient meer bescherming dan een kleine ondernemer. Deze kleine ondernemer verdient op zijn beurt meer bescherming dan een groot internationaal bedrijf.

De invloed van de *mate* van de professionaliteit volgt uit de hierboven beschreven verhouding tussen de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en verschillende andere factoren. Deze factoren kennen niet noodzakelijk een duidelijke tweedeling die is te vergelijken met het onderscheid tussen particulieren en professionele partijen. De classificaties 'sterk' en 'zwak' doen bijvoorbeeld geen recht aan de grote hoeveelheid mogelijke variaties in de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Er bestaan relevante verschillen tussen monopolisten, grote bedrijven met een zeer groot marktaandeel, kleinere bedrijven, tussenschakels en particulieren.³⁰ Hetzelfde geldt voor de factor 'financiële positie'. Een tweedeling tussen 'arm' en 'rijk' miskent de afzonderlijke relevantie van een faillissement.³¹ Al deze verschillende posities terugbrengen tot een tweedeling, doet geen recht aan de verscheidenheid van de omstandigheden van het geval.

De achterliggende factoren kunnen bovendien in tegengestelde richtingen pleiten. Een particulier is niet noodzakelijk ondeskundig en een professionele partij heeft niet altijd goede mogelijkheden tot belangenbehartiging.³² Het gewicht van de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' is kleiner als de vermoedens in een concreet geval niet kloppen. Deze nuances gaan verloren bij een strakke tweedeling tussen particulieren en professionele partijen.

De nadruk op de achterliggende omstandigheden toont daarnaast aan dat de *mate* van professionaliteit niet noodzakelijk samenloopt met de

29 Vergelijk Van de Sande Bakhuizen 1979, p. 298, Castermans 1992, p. 95-96, Vranken 1997a, p. 31, Klomp 1998, p. 198, Hondius 1999, p. 389, Huls 1999, p. 402 en Lindenbergh 1999, p. 410-411, Mendel 2000, p. 131, 232-233 en 237, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 48, Raaijmakers 2005, p. 130, Hartkamp 2010a, p. 59, Hartkamp 2012, p. 52, Wissink 2012a, p. 29 en Wissink 2012b, p. 48.

30 § 4.7.

31 § 4.8.

32 Zie noot 29.

grootte van een bedrijf. Een klein bedrijf kan bijvoorbeeld uitermate deskundig zijn in de niche waarin het opereert. Het kan in deze niche bovendien een monopoliepositie innemen.

Dit betekent niet dat het verschil tussen een particulier en een 'kleine' professionele partij slechts minimaal is. Ook een kleine professionele partij bezit dikwijls de typische kenmerken van een professionele partij. De redelijkheid en billijkheid beschermt een professionele partij minder snel dan een particulier, ook als deze professionele partij slechts 'klein' is.³³

Er bestaan nog meer bezwaren tegen de opvatting dat de redelijkheid en billijkheid geen of slechts een beperkte rol speelt in rechtsbetrekkingen tussen professionele partijen. De opvatting miskent de invloed van de relatieve professionaliteit van de partijen.³⁴ Verder stellen ook professionele partijen rechtszekerheid niet boven alles.³⁵ De opvatting is ten slotte niet in overeenstemming met de werking van de redelijkheid en billijkheid in de praktijk. Uit jurisprudentie blijkt dat de redelijkheid en billijkheid wel degelijk een rol speelt in rechtsbetrekkingen tussen twee professionele partijen.³⁶

De professionaliteit van een partij bepaalt haar maatschappelijke positie voor een groot gedeelte. Zij is echter niet het enige relevante aspect. Een ander relevant aspect is de plaats van een partij in de maatschappij of haar rol in het economische leven. Ook deze rol beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De maatschappelijke functie van een bank leidt bijvoorbeeld tot een bijzondere zorgplicht ten opzichte van de cliënt van deze bank.³⁷ De redelijkheid en billijkheid pleit voor een rechtsbetrekking waarin een verzekeraar zijn maatschappelijke rol

33 Vergelijk ook Mendel 2000, p. 138, 143, 227 en 237.

34 § 7.2.1.

35 Mendel 2000, p. 141-143, 231 en 237, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 48, Raaijmakers 2005, p. 130 en § 6.4.4.

36 Zie bijvoorbeeld HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (*Staalgrit*), HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (*Steendijkpolder*), Mendel 2000, p. 174-226, Hartkamp 2010a, p. 59, Van Dunné 2011, p. 121 en Hartkamp 2012, p. 52.

37 Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (*MeesPierson/Ten Bos*), Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*), Rb. Middelburg (vzr.) 20 oktober 2009, JOR 2010, 279 (*Goese Metaalhandel/Rabobank*), Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, JOR 2011, 237 (*Ruijgrok/Rabobank*), Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011, 254 (*Rours/Rabobank*), Rb. Utrecht 3 augustus 2011, JOR 2011, 380 (*Peters/Rabobank*), Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, LJN BU9796 (*United Trust & Trade/Rabobank*), Rb. Rotterdam 28 december 2011, JOR 2012, 332 (*Butterman q.q./Fortis*) en Van Erp 2000, p. 381. Zie ook HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*) over de maatschappelijke functie van een effecten-instelling.

vervult: de schade van zijn klanten dragen. Een verzekeraar kan de schade van de oorspronkelijke schuldeiser vergoeden. De omstandigheid dat een gesubrogeerde verzekeraar de vordering instelt, pleit voor matiging op grond van art. 6:109 lid 1 BW.³⁸ Deze omstandigheid beïnvloedt daarnaast de toepassing van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW.³⁹

Overigens is het verschil tussen deze aspecten slechts minimaal. Ook een specifieke rol in het economische leven verduidelijkt de rol van andere factoren. Zowel de maatschappelijke rol als de achterliggende kenmerken van een verzekeraar pleiten voor de matiging van zijn vorderingen. Een verzekeraar heeft immers grote financiële reserves en sterke mogelijkheden tot het verdisconteren en spreiden van risico's.

De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De factor beïnvloedt de eventuele beperking van de gevolgen van een (bezwarend) beding,⁴⁰ de matiging van een schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW,⁴¹ de uitleg van een overeenkomst⁴² en de omvang van mededelings-, onderzoeks-⁴³ en zorgplichten.⁴⁴ De invloed van de

38 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 450 (M.v.A. II), Hartlief & Tjittes 1999, p. 52-53, Van Wassenauer 2008, p. 87 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 182. Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

39 HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (ZAS/SRZ), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (Van Keulen/Trias) en HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (Terminus/ZAO). Art. 6:101 lid 1 BW is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

40 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU), HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (Van der Meer/Smilde) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (Hooijen/Curatoren THB).

41 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 180. Zie ook noot 38.

42 Zie bijvoorbeeld HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex), HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (Liszky), HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (Steendijkpolder), HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox), HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (Wessanen/Nutricia), Hof Amsterdam 17 juli 2012, NJF 2012, 402 (Intergamma/Coface Finanz), Tjittes 1994, p. 137, Hesselink 1999, p. 153, Tjittes 2009, p. 39, Houweling & Loonstra 2011, p. 173-174 en Jansen 2012b, p. 21.

43 Zie bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 125 (M.v.A. II), Vranken 1989, p. 203, Van Rossum 1991, p. 39, Castermans 1992, p. 96, Tjittes 1994, p. 52-53, 168 en 176, Smits 1999, p. 64, Jansen 2012a, p. 155 en Jansen 2013, p. 57. Dergelijke plichten kunnen onder andere ontstaan in het kader van dwaling, een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

44 HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Everaars), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van der Klundert/Rabobank), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (De Treck/Dexia), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (Levob/Bolle), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (GeSp/Aegon), HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), Hof Leeuwarden 7 juni 2011, JOR 2011, 259 (A/ABN Amro) en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95 (Rabobank/X).

factor is steeds hetzelfde: de redelijkheid en billijkheid komt een professionele partij minder snel te hulp en stelt zwaardere eisen aan haar gedrag.

De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet verbindt op verschillende plaatsen gevolgen aan het antwoord op de vraag of een partij een particulier of professionele partij is. Ik heb bij de beschrijving van de begrippen particulier en professionele partij al verwezen naar verschillende bepalingen. Het Burgerlijk Wetboek kent nog meer van dergelijke bepalingen.⁴⁵

De wet verleent ook bescherming aan ‘kleine’ professionele partijen. Afdeling 6.5.3 BW maakt een onderscheid tussen grote en kleine professionele partijen. De artt. 6:236-238 BW verlenen extra bescherming aan particulieren. Kleine professionele partijen missen deze bescherming. Zij kunnen echter wel een beroep doen op de overige bepalingen van de afdeling. De afdeling verleent op grond van art. 6:235 lid 1 BW in het geheel geen bescherming aan grote professionele partijen. Afdeling 7.4.6 BW beschermt de huurder van een bedrijfsruimte.⁴⁶ Deze afdeling beschermt vooral kleine ondernemers. Dit volgt uit de definitie van het begrip ‘bedrijfsruimte’. Dit begrip is beperkt tot ruimtes die worden gebruikt voor de uitoefening van bedrijven die in de regel een kleine omvang behouden.⁴⁷

De hoedanigheid van de betrokken partijen beïnvloedt de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. Een onderaannemer is, ook zonder contractuele band, verplicht binnen bepaalde grenzen rekening te houden met de belangen van de hoofdopdrachtgever.⁴⁸ De bijzondere maatschappelijke positie van een notaris beïnvloedt de eventuele onrechtmatigheid van zijn gedragingen.⁴⁹ Hetzelfde geldt voor de positie van een curator,⁵⁰ een accountant,⁵¹ een advocaat,⁵² een (voormalig) bestuurder van een

45 Zie bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1002-1003 (M.v.A. II Inv.) en Hartkamp 2005, p. 10.

46 Zie bijvoorbeeld art. 7:291 lid 1 BW.

47 De artt. 7:290 lid 2 en 3 BW en Tjittes 1994, p. 32.

48 HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59 (*Wierds/Visseren*). Zie ook HR 24 september 2004, NJ 2004, 587 (*Vleesmeesters/Alog*).

49 HR 23 september 1994, NJ 1994, 627 (*Curatoren THB/Notaris V*), HR 23 september 1994, NJ 1994, 628 (*Notaris M/Curatoren THB*), HR 15 september 1995, NJ 1995, 629 (*Notaris E/Curatoren THB*), HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (*Kromjongh/Erven van Dijk*), HR 4 oktober 1996, NJ 1996, 594 (*Van Stiphout/S*) en Van den Akker 2001, p. 135, 141 en 160.

50 HR 5 september 1997, NJ 1997, 437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

51 Van den Akker 2001, p. 59-61, 75, 80 en 160.

52 Van den Akker 2001, p. 101 en 160.

vennootschap⁵³ en een bank.⁵⁴ Ook de uitleg van de wet is afhankelijk van de professionaliteit van de partijen. Een professionele verkoper kan geen beroep doen op het niet vervullen van het vormvereiste van art. 7:2 BW.⁵⁵

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De factor beïnvloedt de werking van de buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid. De professionaliteit van een partij kan in het Franse recht bijvoorbeeld leiden tot het aannemen van een *obligation de sécurité* of een informatieplicht.⁵⁶ Een nietige overeenkomst kan op grond van de Duitse *Treu und Glauben* als een geldige overeenkomst worden behandeld. De professionaliteit van één van de partijen is een omstandigheid die hiervoor kan pleiten.⁵⁷ De verschillende buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook rechtsbetrekkingen tussen professionele partijen.⁵⁸ Art. 1.7 UP verplicht de partijen in de internationale handel om zich te gedragen in overeenstemming met *good faith and fair dealing*.

Het DCFR verbindt gevolgen aan de professionaliteit van de partijen.⁵⁹ De betekenis van de begrippen *consumer* en *business* lijkt sterk op de betekenis van de termen 'particulier' en 'professionele partij' in het Nederlandse recht.⁶⁰ De uitleg van een overeenkomst in het DCFR is mede afhankelijk van de '*nature of the parties*'.⁶¹

53 HR 11 februari 2011, NJ 2011, 305 (*Ontvanger/N*).

54 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 22 december 1993, NJ 1994, 668 (*Credit Lyonnais Bank/Van Tuyl*), HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (*MeesPierson/Ten Bos*), Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*), Hof Leeuwarden 3 september 2003, NJF 2004, 62 (*K/Friesland Bank*), HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (*Fortis/Stichting Volendam*), HR 27 november 2009, RvdW 2009, 1403 (*VEB/World Online*), Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, JOR 2011, 237 (*Ruijgrok/Rabobank*), Rb. Rotterdam 13 juli 2011, JOR 2011, 335 (*Stichting belangenbehartiging gedupeerde beleggers van den Berg/ABN AMRO*), Rb. Utrecht 3 augustus 2011, JOR 2011, 380 (*Peters/Rabobank*), Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, LJN BU9796 (*United Trust & Trade/Rabobank*), Rb. Utrecht 11 april 2012, JOR 2012, 189 (*Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P/SNS*), Van Erp 2000, p. 381 en Knigge & Bakker 2011, p. 56. Vergelijk ook HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (*Erba/Amsterdamse Bank*).

55 HR 9 december 2011, RvdW 2011, 1541 en Heyman & Bartels 2012, p. 182-183. Vergelijk ook Hesselink 1999, p. 120 en 127.

56 Hesselink 1999, p. 193 en 265-266.

57 Larenz/Wolf 2004, p. 503. Vergelijk ook Hesselink 1999, p. 118-121.

58 Mendel 2000, p. 148-173.

59 Zie bijvoorbeeld de artt. II-3:101, 105, 107, 108, 109 (2) en (3), 201 (1) en (2) en 202 (1), (2) en (3) DCFR. Het DCFR verbindt ook gevolgen aan de relatieve professionaliteit van de partijen. Zie § 7.2.1.

60 Art. I-1:105 DCFR.

61 DCFR 2010, p. 556. Vergelijk ook art. II-8:102 (1) (d) en § 2.3.2.

De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' al besproken in § 3.2.2. De factor vertoont daarnaast een overlap met de factoren 'deskundigheid', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'financiële positie', 'soort belang' en 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'.⁶² De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' vestigt immers een vermoeden over de rol van deze factoren.

Een beroep op de factoren 'deskundigheid', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'financiële positie' en 'soort belang' is directer. Uiteindelijk beïnvloeden deze omstandigheden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' oefent slechts invloed uit *via* deze factoren. De professionaliteit van een partij is van belang *omdat* zij een vermoeden vestigt over de rol van deze factoren. Het omgekeerde geldt niet: de factoren zijn ook relevant zonder enige verwijzing naar of suggestie over de professionaliteit van de partij.

Dit betekent niet dat de factor geen zelfstandige rol vervult. De invloed van de factoren 'deskundigheid', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'financiële positie' en 'soort belang' is duidelijk. Een *beroep op deze factoren* is echter niet altijd duidelijker dan een beroep op de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit'.

De professionaliteit van een partij vestigt slechts een vermoeden. De precieze invloed van de factoren kan variëren. Het is niet altijd gemakkelijk om de precieze invloed in een concreet geval vast te stellen. Dit speelt vooral als een partij een beroep doet op de kenmerken van haar wederpartij. Hoe kan zij de precieze deskundigheid of financiële positie van haar wederpartij aantonen? Een beroep op de achterliggende factoren verduidelijkt in een dergelijk geval niet.

De professionaliteit van een partij is juist wel gemakkelijk vast te stellen. Het is gemakkelijk vast te stellen of een partij handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Een beroep op de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' verdient daarom de voorkeur als de precieze invloed van de achterliggende factoren moeilijk is vast te stellen. Dit beroep vestigt een vermoeden over de rol van de andere factoren. De partij kan dit vermoeden eventueel versterken met een beroep op de achterliggende factoren, mochten deze blijken uit de omstandigheden in het concrete geval. Het is nu aan de wederpartij om dit vermoeden te ontkrachten.

⁶² De §§ 4.4, 4.7, 4.8, 6.2.2 en 6.4.1.1.

Professionele partijen hebben een groter belang bij rechtszekerheid. Een combinatie van de factoren ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ en ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ verdient de voorkeur. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid altijd.⁶³ De factor legt meer gewicht in de schaal als er één of meer professionele partijen bij de rechtsbetrekking in het concrete geval zijn betrokken. Een beroep op de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ verduidelijkt het wisselende gewicht van deze factor.

De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ vertoont ten slotte een overlap met de factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’.⁶⁴ De redelijkheid en billijkheid beschermt particulieren en andere zwakke partijen. Maar tegen wie? Tegen professionele partijen en andere sterke partijen! ‘Zwak’ en ‘sterk’ zijn relatief. Een particulier of kleine professionele partij verdient meer bescherming als haar wederpartij een grote multinational is. De redelijkheid en billijkheid beschermt een professionele partij, hoe klein ook, niet snel tegen een particulier. De nadruk op de relatieve professionaliteit is duidelijk en direct. Het mag dan ook niet verbazen dat Tjittes in zijn proefschrift de hoedanigheid van een contractpartij steeds afzet tegen de hoedanigheid van haar wederpartij.⁶⁵ Ook de richtlijnen van de Europese Unie kiezen voor de bescherming van een particulier *tegen een professionele partij*.⁶⁶

Dit leidt echter niet tot de conclusie dat de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ overbodig is. In de eerste plaats blijkt de relevantie van deze factor uit de wet en uit de jurisprudentie. De wet kent bijvoorbeeld een vergoeding toe aan de professionele partij-zaakwaarnemer.⁶⁷ Deze bescherming en vergoeding staan los van de professionaliteit van de wederpartij. De rechter varieert. De rechterlijke uitspraken leggen soms de nadruk op de maatschappelijke positie van één partij,⁶⁸ een andere keer is de relatieve maatschappelijke positie van

63 § 6.4.1.1.

64 § 7.2.1.

65 Tjittes 1994, zie bijvoorbeeld p. 2-3, 33 en 51-53.

66 § 7.2.1.

67 Art. 6:200 lid 2 BW. Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

68 Bijvoorbeeld HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (*Steenrijkpolder*)

belang⁶⁹ en in weer andere uitspraken ontbreekt een duidelijke keuze voor één van deze benaderingen.⁷⁰

De werking van de redelijkheid en billijkheid kan ook afhankelijk zijn van de professionaliteit van één partij. Ik geef een voorbeeld. Een opdrachtgever zoekt een opdrachtnemer. Hij heeft de keuze tussen een amateur en een professionele partij. Welke kwaliteit mag hij verwachten?⁷¹ Hij mag meer verwachten van de professionele partij.⁷² Dit is niet afhankelijk van zijn eigen professionele positie.

Welke factor verdient de voorkeur? De professionaliteit van de partijen kan pleiten voor de bescherming van een zwakke partij tegen een sterkere partij. In een dergelijk geval verdient een beroep op de factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ de voorkeur. Deze bescherming vloeit immers voort uit *het verschil in* professionaliteit. In andere situaties is de relatieve professionaliteit niet of slechts van ondergeschikt belang. De redelijkheid en billijkheid verbindt gevolgen aan de professionaliteit van één van de partijen. Een beroep op de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ verdient in dat geval de voorkeur.

In sommige gevallen beïnvloedt zowel de *mate* als het *verschil* in de professionaliteit de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op beide factoren verdient in een dergelijke situatie de voorkeur. De parlementaire geschiedenis biedt een voorbeeld: “zo zal op een professionele koper een zwaardere onderzoeksplicht rusten dan op een particuliere koper, met name indien eerstbedoelde koper de zaak van een particuliere verkoper heeft gekocht.”⁷³ De *enkele* professionaliteit leidt tot een zwaardere onderzoeksplicht. Een *verschil* in de professionaliteit leidt tot een verdere verzwaring van deze plicht.

De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ is niet direct. De factor beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid slechts via andere factoren. Toch is de factor duidelijk. De professionaliteit van een partij is gemakkelijk vast te stellen. Deze bewijsbaarheid geeft de

69 Bijvoorbeeld HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (*Liskay*), HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treck/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*) en HR 2 december 2011, NJ 2011, 574 (*Linthorst/Echoput*).

70 Bijvoorbeeld HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*): “van pp. en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding”.

71 Art. 7:401 BW. Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

72 Tjong Tjin Tai 2006, p. 112 en Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*), nr. 94.

73 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 125 (M.v.A. II).

factor een zelfstandige rol. De professionaliteit van een partij vestigt een vermoeden over de sterkte van deze partij. Ook de rol van verschillende andere factoren blijkt uit de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit'. De rol van de factor wordt echter beperkt door de factor 'verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit'. Een beroep op de factor 'verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit' verdient de voorkeur in situaties waarin *het verschil in* professionaliteit de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

4.3 Overheid

Een 'overheid' is een rechtspersoon die is bekleed met het overheidsgezag. Ook de organen van deze rechtspersoon vallen onder het begrip 'overheid'.⁷⁴ 'Overheid' omvat publiekrechtelijke rechtspersonen als de staat of een gemeente. Het begrip omvat echter ook privaatrechtelijke bedrijven die belast zijn met een overheidstaak.

Ik stelde in § 4.1 dat een overheid een bijzondere maatschappelijke positie bekleedt. De factor 'overheid' vertoont dan ook vele parallellen met de in § 4.2 besproken factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit'.

In de eerste plaats oefent niet alleen de *kwalificatie* als 'overheid' invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de *mate* van overheid oefent invloed uit. Hoe groter het overheidsgezag van de partij, des te groter is de invloed van de factor 'overheid'.⁷⁵ De invloed is het grootst als de staat of een gemeente partij is bij de rechtsbetrekking. De invloed is kleiner als een bedrijf dat is belast met een overheidstaak partij is. In het laatste geval is de invloed van de factor afhankelijk van het concrete geval. Zij legt meer gewicht in de schaal als het overheidsgezag bij het geval is betrokken. Haar invloed is kleiner als de partij in het concrete geval een 'gewone' professionele partij is.

In de tweede plaats verduidelijkt ook de factor 'overheid' de rol van andere factoren. Een overheid bezit dikwijls een zekere deskundigheid.⁷⁶ Een overheid heeft daarnaast een sterke financiële positie.⁷⁷ De mogelijkheden tot belangenbehartiging van de overheid zijn ook sterk. De overheid heeft op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheden immers

74 Zie over het begrip 'overheid' ook Kobussen 1991, p. 5-6 en Tjittes 1994, p. 2. Vergelijk ook art. 2:1 lid 1 BW.

75 Vergelijk Kobussen 1991, p. 7.

76 Tjittes 1994, p. 36 en Sieburgh 2000, p. 234. Zie ook § 4.4.

77 Sieburgh 2000, p. 234. Zie ook § 4.8.

een sterke of zelfs een monopoliepositie.⁷⁸ De kenmerken van een overheid en een professionele partij komen grotendeels overeen. Een overheid bezit deze kenmerken zelfs in een nog grotere mate. Vooral de mogelijkheden tot belangenbehartiging en de financiële positie van een overheid zijn erg sterk. De redelijkheid en billijkheid stelt dan ook nog hogere eisen aan het gedrag van de overheid.⁷⁹ Dit uit zich bijvoorbeeld in strengere mededelings- en onderzoeksplichten⁸⁰ en een uitleg van een overeenkomst in het nadeel van een overheid.⁸¹

De factor 'overheid' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid ook op andere manieren. Hij is meer dan een versterkte vorm van de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit'. Zo beïnvloeden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de werking van de redelijkheid en billijkheid als één van de partijen een overheid is.⁸² Deze beginselen stellen extra eisen aan het optreden van de overheid. De overheid behartigt algemene belangen.⁸³ Een overheid moet daarnaast in het bijzonder rekening houden met de belangen van de burgers.⁸⁴ Deze belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De overheid is verplicht de grondrechten van haar wederpartij te respecteren. Dit geldt ook in privaatrechtelijke verhoudingen.⁸⁵ Dit *verkleint* de invloed van de factor 'grondrechten'.⁸⁶ De grondrechten werken in de verhouding overheid-burger direct. De redelijkheid en billijkheid is niet langer een noodzakelijke geleider van deze normen.

De factor 'overheid' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De overheid speelt een rol in publiekrechtelijke wetgeving. Haar rol is hier echter niet toe beperkt. Titel 7.2 BW is op grond van art. 7:52 lid 1 sub a BW van toepassing op financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij ten minste één van de partijen een overheidsinstantie is. De omstandigheid dat een partij een overheid is, beïnvloedt de delictuele aansprakelijkheid van deze partij. Een onrechtmatige daad wordt sneller

78 Dommering 1982, p. 83, Kobussen 1991, p. 63 en 111, Bloembergen 1992, p. 952 en Tjittes 1994, p. 36. Zie ook § 4.7.

79 Kobussen 1991, p. 58 en Rijken 1994, p. 68. Vergelijk ook Tjittes 1994, p. 54 en 56.

80 Tjittes 1994, p. 54 en 179.

81 Tjittes 1994, p. 165.

82 § 2.5.1.

83 Zie onder andere Kobussen 1991, p. 61, 63 en 66, Bloembergen 1992, p. 952 en Tjittes 1994, p. 35.

84 HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*) en Kobussen 1991, p. 63.

85 Zie onder andere Kobussen 1991, p. 176 en Van den Brink 2002, p. 48-49.

86 § 2.5.2.

toegerekend aan de overheid. Deze toerekening kan plaatsvinden op grond van schuld⁸⁷ of op grond van de verkeersopvattingen.⁸⁸

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Hij beïnvloedt de gevolgen van een overeenkomst in verschillende rechtsstelsels.⁸⁹ Verschillende landen kennen zelfs een apart stelsel voor publiekrechtelijke overeenkomsten.⁹⁰ De factor speelt daarnaast een rol in het recht van de Europese Unie. Titel 7.2 BW is een implementatie van Richtlijn 2002/47/EG (financiële zekerheidsovereenkomsten). De richtlijn is van toepassing op financiëlezekerheidsovereenkomsten waarbij beide partijen vallen onder de in art. 1 lid 2 van de richtlijn genoemde categorieën. Sub a noemt 'overheidsinstantie' als één van de categorieën waarop de richtlijn van toepassing is. Daarnaast zijn overheden op grond van verschillende Europese richtlijnen verplicht tot het aanbesteden van bepaalde opdrachten.⁹¹

De factor 'overheid' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Hij vertoont net als de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' een overlap met de factoren 'deskundigheid', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'financiële positie'.⁹² Ik verwijs naar § 4.2 voor een uitgebreidere behandeling van deze overlap. Een beroep op de achterliggende factoren is opnieuw directer maar niet altijd duidelijker. Een beroep op de factor 'overheid' vestigt een vermoeden over de rol van deze andere factoren. Het is aan de wederpartij om dit vermoeden te ontkrachten.

De bijzondere positie van de overheid leidt daarnaast tot een overlap met enkele andere factoren. Een overheid behartigt algemene

87 Zie bijvoorbeeld HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (*Nederland/Grosheide*), HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (*Nederland/Hoffman-La Roche*), HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 (*Blaricum/Roozen*), HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (*Van Gog/Nederweert*) en HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (*Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne*). Zie ook Sieburgh 2000, p. 232-233.

88 HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (*B/Nederland*), HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 (*Castricum/Fatels*), Sieburgh 2000, p. 231-234 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 124.

89 Zie bijvoorbeeld Dommering 1982, p. 74-75, Tjittes 1994, p. 41-43 en Beatson 1995, p. 263.

90 Dommering 1982, p. 74-75 en Tjittes 1994, p. 41-42. Zie ook § 5.3.2 over publiekrechtelijke overeenkomsten.

91 Zie vooral Richtlijnen 2004/17/EG (coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) en Richtlijn 2004/18/EG (coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten). Een gedetailleerdere omschrijving van dit rechtsgebied valt buiten het bereik van dit onderzoek.

92 De §§ 4.4, 4.7 en 4.8.

publiekrechtelijke belangen. De factor 'overheid' vertoont daarom een overlap met de factor 'publiekrechtelijke belangen'.⁹³ Een beroep op de factor 'publiekrechtelijke belangen' is directer. Het zijn uiteindelijk deze belangen die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De factor 'overheid' is slechts een aanwijzing dat deze belangen in het geding zijn. Ontbreken deze belangen, dan is ook dit aspect van de factor 'overheid' niet van belang. Een beroep op de factor 'publiekrechtelijke belangen' is daarnaast duidelijker. Een beroep op de factor 'overheid' maakt niet duidelijk dat deze belangen relevant zijn in het concrete geval. Een beroep op deze factor kan immers ook worden opgevat als een beroep op de sterke positie van de overheid of op de relevantie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een beroep op de factor 'publiekrechtelijke belangen' verdient om deze redenen de voorkeur.

Een overheid kan publiekrechtelijke overeenkomsten sluiten. Dit leidt tot een overlap met de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Uit § 5.3.2 blijkt dat ook deze factor het aflegt tegen de factor 'publiekrechtelijke belangen'.

De factor 'overheid' vertoont ten slotte een overlap met de factoren 'rechtsbeginselen'.⁹⁴ De betrokkenheid van een overheid leidt tot de relevantie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een beroep op de factor 'rechtsbeginselen' is directer. Dit aspect van de factor 'overheid' is van belang *omdat* het leidt tot de relevantie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uiteindelijk beïnvloeden de beginselen de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op deze factor is ook duidelijker. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn slechts één van de relevante aspecten van de factor 'overheid'. Een beroep op de factor 'rechtsbeginselen' verduidelijkt dat juist dit aspect de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval beïnvloedt.

Dit betekent echter niet dat de factor 'rechtsbeginselen' een zelfstandige rol speelt. De rol van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is afhankelijk van de achter dit beginsel liggende factoren. De invloed van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat gerechtvaardigd vertrouwen moet worden beschermd,⁹⁵ kan bijvoorbeeld ook worden verklaard vanuit de factoren 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' en 'vertrouwen'.⁹⁶ Een beroep op

93 § 6.4.2.

94 § 2.5.1.

95 HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 (Cornelissen/Groningen).

96 De §§ 3.2.2 en 4.6.

deze ‘achterliggende’ factoren verdient om de in § 2.5.1 besproken redenen de voorkeur.

De kwalificatie van één van de partijen als ‘overheid’ is niet zonder betekenis. De betrokkenheid van de overheid, en daarmee de relevantie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vergroot het gewicht van de achterliggende factoren. Een beroep op de factor ‘overheid’ verduidelijkt waarom deze factoren in het concrete geval meer gewicht in de schaal leggen. Een combinatie van de factor ‘overheid’ en de achterliggende factoren verdient daarom de voorkeur.

Een overheid neemt een bijzondere positie in. Publiekrechtelijke bevoegdheden versterken deze positie. De publiekrechtelijke aspecten van de factor ‘overheid’ laten zich echter beter verklaren door een beroep op andere factoren. De positie van de overheid is sterk. Zij is deskundig, heeft goede mogelijkheden tot belangen behartiging en een sterke financiële positie. Haar positie is zelfs sterker dan die van een professionele partij. Dit maakt een beroep op de factor ‘overheid’ duidelijk. Het beroep blijft echter indirect.

4.4 Deskundigheid

De sterkte of zwakte van een partij is onder andere afhankelijk van de deskundigheid van deze partij. Deskundigheid brengt een zekere verantwoordelijkheid met zich. De factor ‘deskundigheid’ beïnvloedt daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid.

‘Deskundigheid’ is een breed begrip. Iedere vorm van wijsheid, ontwikkeling, ervaring, handigheid of kunde valt onder deskundigheid. Het kan gaan om kennis van een specifiek vakgebied. Het kan echter ook gaan om algemene deskundigheid over ‘het ondernemen’. Zelfs algemene ontwikkeling en intelligentie beïnvloeden de deskundigheid van een partij.⁹⁷ De factor ‘deskundigheid’ duidt echter wel op kennis met een zekere graad van abstractie. Kennis over een *concreet* feit valt niet onder deze factor. Ik behandel de invloed van deze kennis in § 4.5. De rol van de factor ‘deskundigheid’ is opnieuw niet afhankelijk van de *kwalificatie* als (on)deskundig maar van de *mate van* deskundigheid.⁹⁸

De deskundigheid van een partij wordt ‘geobjectiveerd’. Niet alleen de werkelijke deskundigheid van de partijen beïnvloedt de werking van

97 Ik behandel het ontbreken van deze kenmerken in § 4.9. Barendrecht & Van den Akker zijn kritisch over de invloed van deze kenmerken. Zie Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 154-156.

98 Vergelijk ook Castermans 1992, p. 87. Zie ook § 4.2.

de redelijkheid en billijkheid. Ook deskundigheid die van een partij kan worden verwacht, oefent invloed uit.⁹⁹

De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' beïnvloedt de te verwachten deskundigheid. Van een professionele partij kan meer deskundigheid worden verwacht dan van een particulier.¹⁰⁰ Ook andere omstandigheden beïnvloeden de te verwachten deskundigheid. De 'ge-objectiveerde' deskundigheid is bijvoorbeeld afhankelijk van ervaring, scholing en mentale capaciteiten.

De factor 'deskundigheid' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De factor beïnvloedt de omvang van de zorgplicht van een opdrachtnemer.¹⁰¹ Hij beïnvloedt de omvang van zorgplichten ook in andere overeenkomsten. Zowel de deskundigheid van de partij met de zorgplicht als de deskundigheid van haar wederpartij oefent hier invloed op uit.¹⁰² De deskundigheid van de partijen beïnvloedt daarnaast de omvang van de mededelings- en onderzoeksplichten bij dwaling.¹⁰³ Hoe deskundiger de partij, des te groter zijn deze plichten. De deskundigheid van de partijen beïnvloedt ten slotte het antwoord op de vraag of een beding onredelijk bezwarend is in de zin van art. 6:233 sub a BW.¹⁰⁴

Een partij kan deskundige bijstand krijgen. Ook deze deskundigheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij kan

-
- 99 Zie bijvoorbeeld HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*), HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 (*Van der Graaf/Nieuw Rotterdam Schade*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*) en Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 56-57.
- 100 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*), Hof 's-Hertogenbosch 22 december 1993, NJ 1994, 668 (*Credit Lyonnais Bank/Van Tuyl*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), Rijken 1983, p. 158, Van Rossum 1991, p. 36, Tjittes 1994, p. 1, Langbroek 1999, p. 426 en § 4.2.
- 101 Wessels 1994, p. 12-13, Tjong Tjin Tai 2006, p. 112 en Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*), nr. 94. Art. 7:401 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.
- 102 HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Van Zuylen/Rabobank*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*), HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (*Fortis/Bourgonje*), Hof Leeuwarden 7 juni 2011, JOR 2011, 259 (*A/ABN Amro*) en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95 (*Rabobank/X*).
- 103 Cohen Henriquez 1976, p. 631, Vranken 1989, p. 203, Van Rossum 1991, p. 35 en 38-39, Castermans 1992, p. 93-94, Tjittes 1994, p. 52-53 en 176, Smits 1999, p. 64, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 232, Jansen 2012a, p. 155 en Jansen 2013, p. 57. Zie ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 54-58. Barendrecht & Van den Akker relativeren het belang van de deskundigheid. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.
- 104 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 487. Dit artikel is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

worden toegerekend aan de bijgestane partij. Een partij met deskundige bijstand dient de inhoud en de gevolgen van een overeenkomst te begrijpen. Dit pleit tegen het beperken van deze gevolgen.¹⁰⁵ Zowel deskundigheid als deskundige bijstand beïnvloedt de uitleg van een overeenkomst.¹⁰⁶ Deskundige bijstand beïnvloedt daarnaast de uitleg van rechtshandelingen. Hij beïnvloedt het antwoord op de vraag of er sprake is van wilsovereenstemming, en dus van een overeenkomst.¹⁰⁷ Deskundige bijstand wordt niet automatisch toegerekend aan de partij. De eventuele toerekening van deze bijstand is afhankelijk de precieze invulling van de deskundige bijstand. Van belang is onder andere of de wederpartij ervan uit mocht gaan dat de deskundige de partij over de relevante punten heeft geïnformeerd.¹⁰⁸

Ook een particulier kan deskundig zijn. In het arrest *Van Dijk/Bedaux*¹⁰⁹ verkocht een particulier een huis met gebreken. Hij was niet op de hoogte van de gebreken en beriep zich op een exoneratieclausule. De Hoge Raad oordeelde dat het Hof ten onrechte niet was ingegaan op de stelling dat de particuliere verkoper als ingenieur en architect een ernstig verwijt trof.

De factor 'deskundigheid' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Zo noemt art. 3:44 lid 4 BW 'onervarenheid' als een bijzondere omstandigheid waarvan misbruik kan worden gemaakt. De factor 'deskundigheid' speelt daarnaast een rol bij het leerstuk van onrechtmatige daad. Een gedraging van een deskundig persoon is

105 HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 (*Van der Graaff/Nieuw Rotterdam Schade*). Vergelijk ook Rb. 's-Gravenhage 6 april 2011, NJF 2011, 212 over de invloed van bijstand van een notaris en een notarisklerk.

106 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Haviltex*), HR 19 maart 1982, AB 1982, 359 (*Duijvestein/Monster*), HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (*Liskay*), HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (*Derksen/Homburg*), HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 (*NBA Management/Stichting Meerhuysen*), Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464 (*Bakkum/Putter Project*), Hof Amsterdam 17 juli 2012, NJF 2012, 402 (*Intergamma/Coface Finanz*), Hof Arnhem 28 augustus 2012, NJF 2012, 446 (*X/Goed Vast Goed*), Tjittes 2005, p. 22, Hartman Kok 2007, p. 163, Tjittes 2007b, p. 420, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134, Bakker 2012, p. 69 en Jansen 2012b, p. 21.

107 HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde/Erckens I*) en Tjittes 1994, p. 155.

108 Vergelijk ook HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde/Erckens I*), Vranken 1989, p. 65, Tjittes 1994, p. 156 en 164, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 154 en Valk 2012b, p. 769.

109 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (*Van Dijk/Bedaux*).

eerder in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid¹¹⁰ en eerder toerekenbaar.¹¹¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De deskundigheid van een partij beïnvloedt het ontstaan en de omvang van mededelingsplichten op grond van de Franse *bonne foi*.¹¹² De onjuiste mededelingen van een deskundige partij kunnen in het Duitse recht tot aansprakelijkheid leiden. Deze aansprakelijkheid kan zowel op een contractuele als op een delictuele grondslag worden gebaseerd.¹¹³ Verschillende rechtsstelsels, de PECL en het DCFR verbinden gevolgen aan misbruik van ondeskundigheid.¹¹⁴

De factor 'deskundigheid' vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag', 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'overheid' al besproken in de §§ 3.2.2, 4.2 en 4.3. Ik bespreek de overlap met de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' in § 4.7.

De factor 'deskundigheid' vertoont daarnaast een overlap met de factor 'verschil in deskundigheid'.¹¹⁵ Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.2 beschreven overlap tussen de factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit'. Ik verwijs naar § 4.2 voor een uitgebreidere behandeling van deze overlap.

De relatieve deskundigheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beschermt zwakke partijen tegen sterke partijen en dwingt de sterke partijen rekening te houden met de zwakkere partijen. De zorgplicht van een deskundige partij is groter als haar wederpartij niet deskundig is. De wederpartij heeft deze zorg minder hard nodig als zij zelf ook deskundig is.

Dit betekent opnieuw niet dat de deskundigheid van één partij geen enkele rol kan spelen. Ik keer terug naar het voorbeeld over de opdracht.

110 Hof 's-Hertogenbosch 22 december 1993, NJ 1994, 668 (*Credit Lyonnais Bank/Van Tuyl*), Hof Amsterdam 6 juni 1996, NJ 1998, 653 (*Innovast/X*), HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (*Nederland/Shell*), vooral overweging 3.10.2, HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 594 (*Van Stiphout/S*), Deterink & Prinsen 1996, p. 164, Jansen & Van der Lely 1998, p. 46-47 en Van den Akker 2001, p. 61, 75, 112, 134-135 en 160.

111 Sieburgh 2000, p. 160-161 en 235-239 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 124.

112 Hesselink 1999, p. 262 en 265.

113 Jansen & Van der Lely 1998, p. 45 en Van den Akker 2001, p. 11, 16-17 en 51.

114 De artt. 4:109 (1) (a) PECL en II.-7:207 (1) (a) DCFR, PECL 2000, p. 264 en DCFR 2010, p. 511-512. De termen *inexperienced* en *lacking in bargaining skill* duiden op ondeskundigheid.

115 § 7.2.2.

Een opdrachtgever mag meer verwachten van een deskundige opdrachtnemer.¹¹⁶ Dit staat los van zijn eigen deskundigheid.¹¹⁷

Een beroep op de factor 'deskundigheid' is duidelijk. Hoe deskundiger de partij, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor 'deskundigheid' verdient echter alleen de voorkeur als de deskundigheid van *een* partij een zelfstandige rol speelt. De factor 'verschil in deskundigheid' verdient de voorkeur als de *relatieve* deskundigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

4.5 Kennis van een concreet feit

Niet alleen algemene kennis beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de kennis van een concrete omstandigheid is relevant. De redelijkheid en billijkheid eist dat partijen rekening houden met de bij hen bekende feiten. Deze factor behandelt kennis van *concrete* omstandigheden. *Abstracte* kennis valt onder de factor 'deskundigheid'.¹¹⁸

De kennis van een partij wordt 'geobjectiveerd'. Niet alleen de werkelijke kennis van een partij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de kennis die een partij behoort te hebben, oefent invloed uit. Dit moet ook wel. Werkelijke kennis van een concreet feit is een zuiver interne aangelegenheid en is slechts te bewijzen met technische hulpmiddelen en/of medewerking van de partij. Het antwoord op de vraag welke feiten een partij behoort te kennen, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

De factor 'kennis van een concreet feit' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een beding werkt eerder door tegen een derde als het voor alle betrokken partijen duidelijk is dat er meer partijen bij de verhouding betrokken zijn.¹¹⁹ Een opschorting kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als zij niet gepaard gaat met een mededeling over de gronden van de opschorting. Dit is onder andere afhankelijk van het antwoord op de vraag wat de

116 Zie noot 101.

117 Vergelijk bijvoorbeeld HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (*KPI/Leba*).

118 § 4.4.

119 Vranken 1997b, p. 739.

wederpartij ten tijde van de opschorting wist of behoorde te weten.¹²⁰ De algemene vergadering van aandeelhouders kan besluiten om de bevoegdheden van een bestuurder te beperken. Een dergelijk besluit heeft echter geen externe werking. De wederpartij die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst op de hoogte was van het besluit, kan echter in strijd handelen met de eisen van de redelijkheid en billijkheid door de vennootschap aan de overeenkomst te houden.¹²¹

De factor 'kennis van een concreet feit' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Goede trouw ontbreekt op grond van art. 3:11 BW als de partij de feiten waarop de goede trouw betrekking heeft, kende of behoorde te kennen. Een partij kan op grond van de artt. 3:24 lid 1, 25 en 26 BW geen beroep doen op de onjuistheid van een register als zij op de hoogte is van de juiste feiten. Een rechtshandeling van een schuldenaar is vernietigbaar als de schuldenaar wist of behoorde te weten dat deze handeling één of meer schuldeisers benadeelt. De rechtshandeling is echter niet vernietigbaar als de wederpartij of de partij waartegen de rechtshandeling is gericht, niet op de hoogte was van de benadeling.¹²² Een partij kan bij het aangaan van een overeenkomst door een onzedelijk motief worden bewogen. Dit maakt de overeenkomst slechts nietig als de wederpartij op de hoogte was van dit onzedelijke motief.¹²³

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Hij speelt bijvoorbeeld een rol bij de buitenlandse varianten op het leerstuk van dwaling. Verschillende stelsels verbinden gevolgen aan de kennis van de wederpartij. Verschillende rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR* eisen dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat de dwalende partij de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.¹²⁴ De wederpartij kan weten of behoren te weten dat de partij dwaalt. Deze kennis is in verschillende

120 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 723 (*Gelling/Jessurun*), HR 17 februari 2006, *NJ* 2006, 158 (*Spector/Fotoshop*) en HR 17 september 2010, *NJ* 2012, 43 (*Van Mierlo/OGP*). Opschorting is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

121 HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (*Bibolini*).

122 De artt. 3:45 lid 1 en 2 BW en 42 lid 1 en 2 Fw. Zie ook de artt. 3:45 lid 3 BW en 42 lid 3 Fw.

123 HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (*Burgman/Aviolanda*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 335.

124 De artt. 4:103 (1) (b) *PECL* en II.-7:201 (1) (a) *DCFR*, *PECL* 2000, p. 236-237 en *DCFR* 2010, p. 465-469.

rechtsstelsels, de PECL en het DCFR vereist voor één van de gevallen waarin een beroep op een variant op dwaling wordt gehonoreerd.¹²⁵

De factor 'kennis van een concreet feit' wordt geobjectiveerd. Het antwoord op de vraag of een partij een concreet feit behoort te kennen is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Dit leidt tot een overlap van de factor 'kennis van een concreet feit' met andere factoren.

De mate waarin een partij zich van de strekking van een beding bewust is, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Kennis over de strekking van een beding beïnvloedt bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of een beroep op een exoneratiebeding in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.¹²⁶ Wanneer hoort een partij de strekking van een beding te kennen? Bloembergen en Rijken geven enkele aanknopingspunten. De geobjectiveerde kennis over de strekking van een beding is onder andere afhankelijk van de grootte van het lettertype, het antwoord op de vraag of het gebruik is om alle kleine lettertjes te lezen, het antwoord op de vraag of het beding gebruikelijk is, de manier waarop het beding is gepresenteerd, de mate waarin het beding versluierd is, de wijze van de totstandkoming van de overeenkomst en het beding, het antwoord op de vraag of er is voldaan aan verzoeken om inlichtingen, de duidelijkheid van de redactie van het beding en de rest van de overeenkomst en de uitvoerigheid van de voorwaarden.¹²⁷ Deze aanknopingspunten laten zien dat er een overlap bestaat met de factoren 'gewoonten', 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking', 'totstandkoming van de rechtsbetrekking', 'kenmerken van de rechtsbetrekking' en 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking'.¹²⁸ Dit zijn slechts enkele voorbeelden. De geobjectiveerde kennis van een partij is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De factor 'kennis van een concreet feit' kan daarom overlappen met iedere andere factor.

De factor 'kennis van een concreet feit' kan bijvoorbeeld ook overlappen met de factor 'deskundigheid'.¹²⁹ Een deskundig persoon behoort op de hoogte te zijn van de ontwikkelingen en gebeurtenissen op het gebied van zijn expertise. Een concreet feit kan bijvoorbeeld bestaan uit het faillissement van een grote bank. Iedere bankier hoort hiervan op de hoogte te zijn.

125 De artt. 4:103 (1) (a) (ii) PECL en II.-7:201 (1) (b) (ii) DCFR, PECL 2000, p. 238 en DCFR 2010, p. 469-471.

126 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

127 Bloembergen 1969, p. 362 en Rijken 1983, p. 150-155.

128 De §§ 2.3.3, 3.2, 5.3.1, 5.3.2 en 5.3.3.

129 § 4.4. Vergelijk ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 152-153.

De factor kan daarnaast overlappen met de factor 'kenbaarheid'.¹³⁰ Kennis van een concreet feit kan bestaan uit de kennis van de belangen van een ander. De factor 'kennis van een concreet feit' omvat ook de kennis die een partij behoort te hebben. Een partij hoort kenbare belangen te kennen.

Een beroep op de factor 'kennis van een concreet feit' leidt slechts tot een nieuwe zoektocht naar de omstandigheden van het geval. Een beroep op de achterliggende factoren verdient de voorkeur. Een beroep op deze factoren is directer. Niet de kennis van een partij, maar de achterliggende factoren beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een verwijzing naar de factor 'kennis van een concreet feit' is dikwijls een verwijzing naar een fictie. De invloed van de factor staat los van de werkelijke kennis van de partijen. Een partij hoort een concreet feit te kennen *omdat* zij deskundig is, *omdat* de belangen kenbaar zijn en *omdat* er bij de totstandkoming van een overeenkomst uitgebreid over de betekenis van een beding is gesproken. Een beroep op de achterliggende factoren is ook duidelijker. De factoren maken duidelijk *waarom* de partij het concrete feit behoort te kennen.

Een beroep op de factor 'kennis van een concreet feit' verduidelijkt slechts *hoe* de achterliggende factoren de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Het maakt duidelijk dat de achterliggende factoren ertoe leiden dat een partij een concreet feit behoort te kennen. Een apart beroep op de factor 'kennis van een concreet feit' is echter niet vereist. Een duidelijk beroep op de achterliggende factoren gaat gepaard met een omschrijving van de invloed van deze factoren.

Een beroep op de factoren die de kennis van een partij objectiveren verdient de voorkeur boven een beroep op de factor 'kennis van een concreet feit'. Hiermee is echter nog niets gezegd over de overlap tussen de factor 'kennis van een concreet feit' en andere factoren *nadat* de kennis van een concreet feit is 'vastgesteld'. De factor vertoont ook in deze fase een overlap met andere factoren.

De factor 'kennis van een concreet feit' vertoont een overlap met de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking'.¹³¹ De factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' legt de nadruk op de manier waarop de partij met de kennis is omgesprongen. Heeft zij nagelaten de andere partij te waarschuwen? Heeft zij de kennis gebruikt om anderen te bedriegen?

130 § 6.2.4.

131 § 3.2.

Een beroep op de factor ‘kennis van een concreet feit’ verdient de voorkeur. Dit beroep is directer. De gedraging beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* de handelende partij op de hoogte was van een concreet feit. Juist deze kennis maakt de gedraging in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘kennis van een concreet feit’ maakt dit ook voldoende duidelijk. Een apart beroep op de gedraging is overbodig.

De factor ‘kennis van een concreet feit’ is op het eerste gezicht helder. De kennis van een partij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoe meer kennis een partij heeft, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Toch verdient een beroep op de factor slechts in een beperkt aantal gevallen de voorkeur. De *werkelijke* kennis van de wederpartij is niet gemakkelijk te bewijzen. De noodzaak tot objectiveren leidt tot een nieuwe zoektocht naar de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden overschaduwden de factor ‘kennis van een concreet feit’. Een beroep op de factor verdient slechts de voorkeur als de werkelijke kennis van een partij vaststaat.

4.6 Vertrouwen

Een partij kan vertrouwen opwekken. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die het door haar opgewekte vertrouwen beschaamt. Ik heb de invloed van deze ‘vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen’ besproken in § 3.2.2. Vertrouwen kan echter ook op andere manieren ontstaan. Ook het vertrouwen dat niet voortvloeit uit ‘vertrouwenopwekkende eerdere gedragingen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³²

Het vertrouwen van een partij wordt ‘geobjectiveerd’. Vertrouwen is, net als ‘kennis van een concreet feit’, een zuiver interne aangelegenheid.¹³³ De invloed van de factor ‘vertrouwen’ is niet afhankelijk van het *werkelijke* vertrouwen van een partij. Hij is afhankelijk van het vertrouwen dat ‘gerechtvaardigd’ is.

De factor ‘vertrouwen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Het afbreken van onderhandelingen kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid als de partijen

132 Vergelijk ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 42.

133 Vergelijk § 4.5.

mogen vertrouwen op de totstandkoming van een overeenkomst.¹³⁴ Het vertrouwen van de partijen beïnvloedt de uitleg van een overeenkomst. Deze uitleg is immers onder afhankelijk van “hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”.¹³⁵

De factor ‘vertrouwen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet beschermt verkrijgers van rechten ‘te goeder trouw’.¹³⁶ De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Ook de buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid beschermen gerechtvaardigd vertrouwen.¹³⁷ Verschillende rechtsstelsels en het *DCFR* beschermen verkrijgers van rechten te goeder trouw.¹³⁸

De factor ‘vertrouwen’ vertoont een overlap met de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’. Deze eerdere gedragingen kunnen vertrouwen oproepen. Ik heb deze overlap besproken in § 3.2.2.

Uit § 3.2.2. blijkt dat vertrouwen meer gewicht in de schaal legt als het is opgewekt door de wederpartij. De vraag rijst of ook het vertrouwen dat *niet* is opgewekt door de wederpartij zelfstandige invloed uitoefent op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik heb hierboven enkele voorbeelden gegeven van de invloed van de factor ‘vertrouwen’. De rechter stelt in deze voorbeelden niet de eis dat het vertrouwen is ontstaan door een gedraging van een partij. Een dergelijke eis is echter niet ondenkbaar. Het afbreken van onderhandelingen kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid *als de partij het vertrouwen heeft gewekt* dat er een overeenkomst tot stand komt. De uitleg van een overeenkomst is afhankelijk van wat een partij *op grond van verklaringen en gedragingen redelijkerwijze van haar wederpartij mag verwachten*.¹³⁹

Toch heeft ook vertrouwen dat niet is opgewekt door de wederpartij zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze invloed blijkt allereerst uit de jurisprudentie. Uit de arresten *De Ruijterij/MBO* en *CBB/JPO* blijkt dat niet ieder gerechtvaardigd vertrouwen het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maakt. Deze eventuele onaanvaardbaarheid is onder andere afhankelijk van “de mate

134 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*), HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 (*Vogelaar/Skil*) en Rijken 1994, p. 54. Zie ook HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 (*VSH/Shell*) en HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 65 (*ABB/Nederland*): geen vertrouwen, geen aansprakelijkheid.

135 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (*Haviltex*).

136 Zie de artt. 3:11, 45 lid 5, 86 lid 1, 88 lid 1 en 238 lid 1 BW.

137 Hesselink 1999, p. 94-95.

138 De artt. VIII.-3:101 (1) (d) en 102 (1) (d) *DCFR* en *DCFR* 2010, p. 4830-4834 en 4839-4848.

139 Vergelijk art. 3:35 BW en de §§ 1.3.3 en 3.2.2.

waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt(,) tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen”.¹⁴⁰ De arresten noemen deze omstandigheid als *één van de relevante omstandigheden*. Ook gerechtvaardigd vertrouwen dat niet is opgewekt door de wederpartij kan, in combinatie met andere factoren, het afbreken van de onderhandelingen onaanvaardbaar maken.

Art. 3:61 lid 2 BW beschermt het vertrouwen in een toereikende volmacht. Het artikel eist dat het vertrouwen is ontstaan op grond van een verklaring of gedraging van de onbevoegd vertegenwoordigde. De jurisprudentie breidt deze bescherming uit tot vertrouwen dat is ontstaan door omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde komen. Een gedraging van de vertegenwoordigde is niet nodig.¹⁴¹

Het recht verbindt ook buiten de redelijkheid en billijkheid gevolgen aan vertrouwen dat niet door de wederpartij is opgewekt. Een bestolen partij wekt niet snel de indruk dat een dief beschikkingsbevoegd is. Dit betekent echter niet dat art. 3:86 lid 1 BW niet kan worden toegepast.

Er bestaat een principiële bezwaar tegen het geheel uitschakelen van de factor ‘vertrouwen’. De redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Waarom zou de factor ‘vertrouwen’ *geen enkele invloed* kunnen uitoefenen? Twee personen schieten een man dood. De één doet dit uit moordlust, de ander dacht (en mocht denken) dat de man op het punt stond een kind van een flatgebouw te gooien. Welke partij gedraagt zich kwalijker?

Ik geef nog een voorbeeld. De redelijkheid en billijkheid kan een mededelingsplicht in het leven roepen.¹⁴² Schending van deze plicht kan tot aansprakelijkheid leiden. Twee partijen schenden hun mededelingsplicht. De ene partij vertrouwt op redelijke gronden op de kennis van haar wederpartij. Zij denkt dat haar wederpartij al op de hoogte is van de mee te delen informatie. De andere partij vertrouwt hier niet op. De redelijkheid en billijkheid eist dat er tenminste rekening wordt gehouden met het gerechtvaardigde vertrouwen. Het vertrouwen pleit tegen de aansprakelijkheid van de eerste partij, al kunnen de factoren die voor aansprakelijkheid pleiten zwaarder wegen.

140 HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (*De Ruijterij/MBO*) en HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (*CBB/JPO*).

141 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (*ING/Bera*), HR 11 maart 2011, NJ 2012, 388 (*Van Zundert/Kort*), HR 2 december 2011, NJ 2012, 389 en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 390 (*Fujitsu/Exel*). Art. 3:61 lid 2 BW is, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

142 Zie onder andere de §§ 1.3.1, 4.2 en 4.4.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor 'kennis van een concreet feit'.¹⁴³ Vertrouwen is pas gerechtvaardigd als de partij niet bekend hoeft te zijn met eventuele feiten die tegen dit vertrouwen pleiten. Vertrouwen en kennis van een concreet feit zijn dikwijls onderling inwisselbaar. De wet verbindt de ene keer gevolgen aan de *aanwezigheid* van goede trouw en de andere keer aan de niet-verwijtbare *afwezigheid* van kennis van een concreet feit. De onderlinge inwisselbaarheid blijkt ook uit art. 3:11 BW. Goede trouw ontbreekt in ieder geval als een partij de feiten kent of behoort te kennen.¹⁴⁴

Toch bestaat er een onderscheid tussen de factoren 'vertrouwen' en 'kennis van een concreet feit'. Vertrouwen is meer dan het ontbreken van kennis over een concreet feit. Het ontbreken van kennis over een concreet feit betekent slechts dat vertrouwen *mogelijk* is. Het betekent niet dat het vertrouwen ook *gerechtvaardigd* is. Vertrouwen staat niet gelijk aan het ontbreken van kennis van een concreet feit. Een partij heeft vertrouwen als zij erkent dat er iets mis *kan* zijn. De onderhandelaar weet dat de overeenkomst nog niet is gesloten. De koper weet dat het altijd mogelijk is dat de fiets gestolen is. Een partij heeft 'vertrouwen' als zij ondanks deze inherente onzekerheid rekent op de eerlijkheid van haar wederpartij.

De factor 'vertrouwen' vertoont daarnaast een overlap met de factoren die het vertrouwen objectiveren. Wanneer is vertrouwen gerechtvaardigd? Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden kunnen de factor 'vertrouwen' overschaduwen.¹⁴⁵ Een partij mag vertrouwen op een bepaalde betekenis van een beding, *omdat* zij niet deskundig is, *omdat* gedragingen van de wederpartij hier aanleiding toe geven en *omdat* de partijen uitgebreid hebben onderhandeld over de precieze formulering.¹⁴⁶ De achterliggende omstandigheden beïnvloeden de gerechtvaardigheid van het vertrouwen. Een beroep op de bij deze omstandigheden behorende factoren mag niet ontbreken.

Toch overschaduwen de achterliggende omstandigheden de factor 'vertrouwen' niet volledig. Het effect van de achterliggende omstandigheden op de kennis van een concreet feit is gemakkelijk vast te stellen. Zijn de belangen van een partij kenbaar, dan hoort de wederpartij deze te

143 § 4.5.

144 Vergelijk ook art. VIII.-3:101 DCFR en de daaropvolgende *comments*. Art. VIII.-3:101 (1) (d) verbindt gevolgen aan het ontbreken van kennis over een concreet feit. De artt. VIII.-3:101 (2) en (3) verbinden echter gevolgen aan 'good faith'. Ook de *comments* en de titels van het *chapter* en het artikel verwijzen naar 'good faith'.

145 Zie ook § 4.5.

146 Vergelijk de §§ 3.2.2, 4.4 en 5.3.1.

kennen. Hoe onduidelijker de overeenkomst, hoe minder snel een partij zich bewust moet zijn van de strekking van een beding. Het effect van de achterliggende omstandigheden op het gerechtvaardigd vertrouwen is niet altijd zo gemakkelijk vast te stellen.

Ik geef enkele voorbeelden. De kenbaarheid van de belangen van de wederpartij kan zowel voor als tegen de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen pleiten.¹⁴⁷ Een partij gaat uit van een bepaalde strekking van een door haar wederpartij opgesteld beding. Zij mag op deze strekking vertrouwen als het beding, uitgaande van deze strekking, de kenbare belangen van haar wederpartij behartigt. Zij mag niet vertrouwen op de strekking als het beding de kenbare belangen van haar wederpartij juist lijkt aan te tasten. Ook een onduidelijke overeenkomst kan zowel voor als tegen de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen pleiten. Een onduidelijk beding kan vragen oproepen over de betekenis van dit beding. Een partij dient nader onderzoek te verrichten voor zij gerechtvaardigd kan vertrouwen op een bepaalde betekenis.¹⁴⁸ Vertrouwen is wel gerechtvaardigd als het beding dat tegen dit vertrouwen pleit in de overeenkomst is 'verstopt'.¹⁴⁹

De factor 'vertrouwen' is in dergelijke gevallen een noodzakelijke en verduidelijkende tussenstap. Een beroep op de factor verduidelijkt de invloed van de achterliggende omstandigheden op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijk beroep verdient de voorkeur als de invloed van de achterliggende omstandigheden niet duidelijk blijkt uit een beroep op de bij deze omstandigheden behorende factoren.

Deze tussenstap is in andere situaties overbodig. De precieze verhouding tussen een achterliggende omstandigheid en het gerechtvaardigd vertrouwen kan ook duidelijk zijn zonder een beroep op de factor 'vertrouwen'. De factor 'deskundigheid' beïnvloedt de gerechtvaardigheid van het vertrouwen. Een deskundige partij heeft grotere onderzoeksplichten.¹⁵⁰ De tussenstap 'vertrouwen' is overbodig. De deskundigheid van een partij kan *alleen maar* pleiten tegen de gerechtvaardigheid van het vertrouwen. Ook de factor 'vertrouwensrelatie' beïnvloedt de gerechtvaardigheid van het vertrouwen.¹⁵¹ De factor 'vertrouwen' vervult opnieuw geen noodzakelijke verduidelijkende rol. Een vertrouwensrelatie leidt *altijd* tot het sneller aannemen van gerechtvaardigd vertrouwen.

147 Zie § 6.2.4 over de factor 'kenbaarheid'.

148 HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 (*NBA Management/Stichting Meerhuysen*), Vranken 1989, p. 65, Vranken 1997a, p. 22 en Jansen 2012b, p. 19 en 21.

149 Vergelijk noot 127.

150 § 4.4, in het bijzonder noot 103.

151 § 5.2.2.

De rol van de factor ‘vertrouwen’ is helder. De redelijkheid en billijkheid beschermt gerechtvaardigd vertrouwen. Toch is de invloed van deze factor beperkt. Het vertrouwen van een partij komt in de regel voor haar eigen rekening. Dit is slechts anders als het vertrouwen is veroorzaakt door haar wederpartij. Het gewicht van de factor ‘vertrouwen’ is om deze reden beperkt.

4.7 Mogelijkheden tot belangenbehartiging

Ik betoogde in § 4.1 dat de redelijkheid en billijkheid zwakke partijen beschermt en hogere eisen aan sterke partijen stelt. De sterkte of zwakte van een partij is onder andere afhankelijk van haar mogelijkheden tot belangenbehartiging. De factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ beïnvloedt daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Verschillende omstandigheden beïnvloeden de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Heeft een partij invloed op de inhoud en wijze van uitvoering van de overeenkomst? Kan een partij de risico’s afwentelen op een ander? Heeft de partij de mogelijkheid om een vergelijkbare overeenkomst met een ander te sluiten? Heeft zij de mogelijkheid om zich tegen een aanspraak te verweren? Al deze omstandigheden beïnvloeden de mogelijkheden tot belangenbehartiging en daarmee de werking van de redelijkheid en billijkheid. De werking van de redelijkheid en billijkheid is opnieuw niet afhankelijk van het antwoord op de vraag *of* een partij goede of beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging heeft. De werking is afhankelijk van de *mate waarin* de mogelijkheden sterk of zwak zijn.¹⁵²

De mogelijkheden tot belangenbehartiging kunnen structureel zijn. Een partij kan een bepaalde positie in het economische leven innemen. Deze ‘economische positie’ beïnvloedt haar mogelijkheden tot belangenbehartiging. Een partij met een monopoliepositie kan haar belangen beter behartigen dan een kleine middenstander. De mogelijkheden tot belangenbehartiging kunnen echter ook incidenteel zijn. Een partij kan *in een concrete situatie* haar belangen gemakkelijk, moeilijk of zelfs helemaal niet behartigen. Zowel de structurele als de incidentele mogelijkheden tot belangenbehartiging beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ vestigt een vermoeden over de rol van de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’.¹⁵³ Een professionele partij heeft dikwijls goede mogelijkheden tot

¹⁵² Zie ook § 4.2.

¹⁵³ § 4.2.

belangenbehartiging. Zij heeft een economische machtspositie en de mogelijkheid tot het spreiden van risico's.¹⁵⁴ Professionele partijen hebben daarnaast grotere invloed op de inhoud van de overeenkomst.¹⁵⁵ Zij hebben de tijd, het geld en de expertise om algemene voorwaarden te ontwerpen. Particulieren hebben deze mogelijkheid niet. Zij zijn bovendien slechts beperkt in staat om de algemene voorwaarden te lezen of te begrijpen.¹⁵⁶ Ook een overheid heeft dikwijls goede mogelijkheden tot belangenbehartiging. Zij combineert de sterke positie van een professionele partij met publiekrechtelijke bevoegdheden.¹⁵⁷

De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De leeftijd van de werknemer en de daaraan verbonden kansen op de arbeidsmarkt beïnvloeden de toelaatbaarheid van een ontslag om dringende redenen.¹⁵⁸ De mogelijkheden tot belangenbehartiging beïnvloeden het antwoord op de vraag of de verjaring van een rechtsvordering in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Verjaring is eerder in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de schuldeiser nooit de mogelijkheid heeft gehad zijn vordering te gelde te maken.¹⁵⁹ De beperkte mogelijkheden van de schuldenaar om zich na al die tijd nog tegen de vordering te verweren, pleiten juist tegen het beperken van de verjaring.¹⁶⁰

De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' beïnvloedt de toelaatbaarheid van een, al dan niet in de algemene voorwaarden opgenomen, exoneratiebeding.¹⁶¹ Van belang is bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of de partijen zich op een aanvaardbare wijze tegen de schade

154 Rijken 1983, p. 157-158 en Tjittes 1994, p. 1 en 26-28.

155 Zie bijvoorbeeld Nehf 1999, p. 127, Willett 1999, p. 72 en, in de context van een arbeidsovereenkomst, Houweling & Loonstra 2011, p. 174-175. De professionele werkgever heeft meer invloed op de inhoud van de arbeidsovereenkomst dan de particuliere werknemer.

156 Willett 1999, p. 78 en 82.

157 § 4.3.

158 HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 en Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7 (*Nivo Noord/X*). Art. 7:678 lid 1 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

159 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*), HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (*Rouwshof/Eternit*), HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (*De Jong/Optimodal*) en Van Swaaij 2011, p. 2517.

160 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*) en Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

161 Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 487. Art. 6:233 sub a BW is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

kunnen verzekeren.¹⁶² Een exoneratiebeding kan onredelijk bezwarend zijn als de exonererende partij een monopoliepositie heeft. Een verplichting tot contracteren met iedereen die zich aanmeldt, is juist een aanwijzing dat een exoneratie toelaatbaar is.¹⁶³ Ook brancheorganisaties beïnvloeden de mogelijkheden tot belangenbehartiging van de partijen. De leden van een branche kunnen een machtsblok vormen door gezamenlijk algemene voorwaarden te ontwikkelen. De particulier heeft dan geen mogelijkheid om een vergelijkbare overeenkomst te sluiten zonder deze voorwaarden en dus ook zonder de exoneratie.¹⁶⁴

De invloed van de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid blijkt ook uit de wet. De beperkte mogelijkheden tot het vinden van ander werk beïnvloeden het antwoord op de vraag of een ontslag kennelijk *onredelijk* is.¹⁶⁵ Art. 6:244 lid 1 BW beschermt de ‘beknelde tussenschakel’.¹⁶⁶

De factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De mogelijkheden van de gelaedeerde om zich tegen de schade in te dekken, beïnvloeden de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid.¹⁶⁷ Een partij kan de mogelijkheid hebben om haar risico’s te verzekeren of af te wentelen op haar afnemers. Deze mogelijkheden pleiten voor het aannemen van risicoaansprakelijkheid.¹⁶⁸ Een partij met overwegende zeggenschap in een naamloze vennootschap is verplicht een bod te doen op de resterende aandelen of certificaten.¹⁶⁹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Een aansprakelijkheidsbeperking kan in strijd zijn met de *Treu und Glauben* als deze het gevolg is van een onredelijk gebruik van de monopoliepositie door de exonererende partij. Ook de verzekeringsmogelijkheden beïnvloeden het

162 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1580 (M.v.T. Inv.), Bloembergen 1969, p. 363, Rijken 1983, p. 52-53, 141-146 en 157, Barendrecht 1992, p. 108 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 482.

163 Bloembergen 1969, p. 361.

164 Bloembergen 1969, p. 361 en Rijken 1983, p. 160. Zie ook Langemeijer/Schrage 1994, p. 98 voor een vergelijkbaar voorbeeld.

165 Art. 7:681 lid 1 en 2 sub b BW. Art. 7:681 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

166 Dit artikel is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

167 HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 59 (*Wierds/Visseren*).

168 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 714 en 719 (T.M.) en Slagter 1952, p. 75.

169 Art. 5:70 Wft.

antwoord op de vraag of een exoneration in strijd is met de *Treu und Glauben*.¹⁷⁰ De PECL, het DCFR en de UP verbinden gevolgen aan misbruik van *economic distress* en *urgent needs*.¹⁷¹ Art. 102 VWEU verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van een machtspositie.

De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'overheid' al besproken in de §§ 4.2 en 4.3. Ik bespreek de overlap met de factor 'alternatief' in § 6.2.3.

Beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging kunnen tot de aantasting van een belang leiden. De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' vertoont daarom een overlap met de factor 'omvang belang'.¹⁷² Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' verdient de voorkeur. Het maakt duidelijk dat de gevolgen *niet* zijn toe te rekenen aan de 'eigen schuld' van de partij.¹⁷³ De beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging zorgen er immers voor dat zij haar belangen niet *kan* behartigen.

Scientia potentia est: kennis is macht. Deskundigheid kan leiden tot betere mogelijkheden tot belangenbehartiging. De factor vertoont in deze gevallen een overlap met de factor 'deskundigheid'.¹⁷⁴ Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' is directer. De deskundigheid is relevant *omdat* zij leidt tot betere mogelijkheden tot belangenbehartiging. Een beroep op de factor 'deskundigheid' is echter wel duidelijk. Het maakt duidelijk *waarom* de partij goede mogelijkheden tot belangenbehartiging heeft.

Een beroep op de deskundigheid is meer dan een beroep op de bron van de betere mogelijkheden tot belangenbehartiging. De *geobjectiveerde* deskundigheid vestigt een vermoeden over de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Van een deskundige partij *mag worden verwacht* dat zij de beschikbare mogelijkheden tot belangenbehartiging beter gebruikt. Identieke mogelijkheden tot belangenbehartiging zijn 'sterker' in de handen van een deskundige partij. Een combinatie van beide factoren verdient daarom de voorkeur.

170 Staudinger/Löwisch/Caspers 2009, § 276, nr. 134. Vergelijk ook Bloembergen 1969, p. 368-369 over de invloed van een monopoliepositie.

171 De artt. 4:109 (1) (a) PECL, II.-7:207 (1) (a) DCFR en 3.2.7 (1) (a) UP.

172 § 6.2.1.

173 Vergelijk § 3.2.1 over de invloed van 'eigen schuld'.

174 § 4.4.

Een zwakke financiële positie kan leiden tot een zwakke onderhandelingspositie. De factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ vertoont daarom een overlap met de factor ‘financiële positie’.¹⁷⁵ Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ is directer. De financiële positie is in dit geval van belang *omdat* zij tot een zwakke onderhandelingspositie leidt. Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ is daarnaast duidelijker. De factor ‘financiële positie’ is dikwijls relevant omdat een partij een bepaalde vordering gemakkelijk of juist moeilijk kan voldoen. Dit aspect van de factor ‘financiële positie’ speelt hier geen zelfstandige rol. Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ verduidelijkt de rol van de financiële positie in het concrete geval: zij is van belang omdat zij tot beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging leidt. Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ verdient de voorkeur. De financiële positie is slechts van belang als verklaring voor de zwakke onderhandelingspositie. Zij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid niet.

De factor vertoont ten slotte een overlap met de factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’.¹⁷⁶ Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.2 beschreven overlap tussen de factoren ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ en ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’. Ik verwijs naar § 4.2 voor een uitgebreidere behandeling van deze overlap.

De factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ speelt vooral een rol in contractuele situaties. Een sterke onderhandelingspositie geeft een partij de mogelijkheid om bedingen in de overeenkomst op te nemen die haar bevoordelen. Dit geldt echter alleen als de positie van de wederpartij *zwakker* is. De sterke partij kan in andere situaties juist een zwakkere onderhandelingspositie hebben. De onderhandelingspositie is dus niet afhankelijk van de mogelijkheden tot belangenbehartiging van één van de partijen, zij is afhankelijk van de relatieve mogelijkheden. Een beroep op de factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ verdient in deze gevallen de voorkeur.

De factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ speelt in andere gevallen wel een zelfstandige rol. In deze gevallen beïnvloedt juist de positie van één van de partijen de werking van de redelijkheid en billijkheid. De kansen op de arbeidsmarkt van de werknemer beïnvloeden de toelaatbaarheid van een ontslag.¹⁷⁷ Slechts de kansen van de werknemer

175 § 4.8.

176 § 7.2.3.

177 Zie de noten 158 en 165.

zijn van belang. Deze mogelijkheden vergelijken met de mogelijkheden tot belangenbehartiging van de werkgever verduidelijkt niet. De werkgever is immers bijna altijd de sterkere partij.

Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' is duidelijk. De redelijkheid en billijkheid hoeft de belangen van een partij niet te behartigen als deze partij dit zelf kan. Alleen partijen die hun belangen niet kunnen behartigen, verdienen bescherming. De overlap met de factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' verkleint de zelfstandige rol van de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging'. Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' verdient slechts de voorkeur als de mogelijkheden van *één van de partijen* de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' verdient de voorkeur als de *relatieve* mogelijkheden van belang zijn.

4.8 Financiële positie

De sterkste schouders dragen de zwaarste lasten. Partijen met een beperkt vermogen en een beperkt inkomen verdienen bescherming. De factor 'financiële positie' pleit voor een risicoverdeling waarin de partij die de schade het gemakkelijkst kan dragen de schade ook draagt. De financiële positie van een partij is afhankelijk van haar financiële middelen in ruime zin. Zij is zowel afhankelijk van inkomen, liquide middelen als eigen vermogen.

De factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' vestigt een vermoeden over de rol van de factor 'financiële positie'.¹⁷⁸ Professionele partijen hebben in veel situaties een sterkere financiële positie dan particuliere partijen. Natuurlijk: ook een professionele partij kan beperkte financiële reserves hebben. Veel professionele ondernemingen hebben echter grotere inkomsten en uitgaven dan de meeste particulieren. Een enkele transactie legt bij een professionele partij beslag op een minder groot gedeelte van haar vermogen of inkomsten. De hoeveelheid werknemers biedt een indicatie. Een professionele partij met twee fulltime werknemers heeft, als zij gezond is, ten minste twee maal de inkomsten van één van haar werknemers.

De factor 'financiële positie' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De zorgplicht van een bank is onder andere afhankelijk van de inkomens- en vermogenspositie van

178 § 4.2.

haar wederpartij.¹⁷⁹ De draagkracht van de partijen beïnvloedt de matiging van een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW.¹⁸⁰

Een failliete¹⁸¹ partij heeft een zeer zwakke financiële positie. Toch pleit de factor ‘financiële positie’ niet voor de bescherming van een failliete partij. Een failliete partij heeft schulden die zij hoogstwaarschijnlijk niet allemaal kan betalen. Het faillissementsrecht geeft een regeling voor deze situaties. Extra bescherming van de failliete partij tegenover een specifieke schuldeiser is onnodig. Zij is bovendien zinloos. De failliete schuldenaar profiteert niet van de bescherming. De benadeling van de ene schuldeiser bevoordeelt slechts de andere schuldeisers. Deze argumentatie geldt ook voor situaties waarin een faillissement *dreigt*. Het heeft geen zin om een vordering te matigen als de schuldenaar toch bijna failliet gaat.¹⁸²

Dit betekent niet dat een dreigend faillissement geen invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid kan hebben. De bescherming van de bijna failliete partij is echter alleen redelijk als zij het faillissement werkelijk kan voorkomen. Het dreigende faillissement pleit in dergelijke gevallen voor de matiging van een vordering op grond van art. 6:109 lid 1 BW,¹⁸³ de beperking van (een beroep op) een contractuele boete¹⁸⁴ of de beperking van de nietigheid van een besluit.¹⁸⁵

De factor ‘financiële positie’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Verschillende wettelijke bepalingen verbinden gevolgen aan

179 HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*) en Hof Leeuwarden 7 juni 2011, JOR 2011, 259 (*A/ABN Amro*). Vergelijk ook Rb. Rotterdam 28 december 2011, JOR 2012, 332 (*Butterman q.q./Fortis*). Een zeer zwakke financiële positie kan ertoe leiden dat de opzegging van een kredietfaciliteit niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

180 Art. 6:109 lid 1 BW, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 418 (Handelingen II), Maeijer 1962, p. 135-140, Van Boeschoten 1964, p. 173-175, Abas 2006, p. 12-14 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 182. Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

181 Ik spreek in deze paragraaf steeds over de gevolgen van een faillissement. De verschillende overwegingen zijn echter ook relevant bij de toepassing van de regeling van surseance van betaling en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.

182 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 451 (M.v.A. II), Van Boeschoten 1964, p. 175, Brunner 1973, p. 17 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 182.

183 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 180. Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

184 HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (*Amptill/Weggelaar*).

185 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 320 (*Stichting FortisEffect/Nederland*).

een faillissement.¹⁸⁶ De financiële positie van de onderhoudsgerechtigde beïnvloedt het ontstaan van een verplichting tot levensonderhoud.¹⁸⁷ Deze financiële positie beïnvloedt daarnaast het antwoord op de vraag of er terugwerkende kracht moet worden verleend aan de wijziging van een alimentatieverplichting.¹⁸⁸

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De verschillende rechtsstelsels hebben hun eigen faillissementsrecht. Daarnaast beïnvloeden de financiële posities van de partijen de eventuele matiging van een schadevergoeding ook in verschillende andere rechtsstelsels.¹⁸⁹ De financiële posities beïnvloeden de aansprakelijkheid van een partij met een jonge leeftijd of een geestelijk handicap in verschillende rechtsstelsels en het DCFR. De sterke financiële positie van een jonge of gehandicapte partij pleit voor haar aansprakelijkheid. Dit geldt vooral als de financiële positie van de schuldeiser juist zwak is.¹⁹⁰ De factor speelt ook een rol in het recht van de Europese Unie. De omzet van een partij beïnvloedt de hoogte van een boete voor het overtreden van het kartelverbod.¹⁹¹

De factor 'financiële positie' vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit', 'overheid' en 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' al besproken in de §§ 4.2, 4.3 en 4.7.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor 'omvang belang'.¹⁹² Een partij met een sterke financiële positie kan een financiële tegenslag gemakkelijker verwerken dan een partij met een zwakke positie. De gevolgen zijn daarom relatief groter voor de partij met een zwakke financiële positie. Deze grotere gevolgen kunnen concreet zijn. De arme partij kan in een faillissement raken door een schadepost die een

186 Dit blijkt het duidelijkst uit de Faillissementswet. De wet verbindt echter ook buiten deze wet gevolgen aan een faillissement. Zie bijvoorbeeld de artt. 7:420, 421 en 422 lid 1 BW.

187 De artt. 1:157 lid 1 en 392 lid 2 BW en Asser/De Boer 2010 (1*), nr. 621 en 1030. Art. 1:157 lid 1 BW bevat, gelet op het woord 'redelijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Deze precisering ziet echter op de mogelijkheden tot het verwerven van voldoende inkomsten. Zij ziet niet op de eventuele toekenning van alimentatie.

188 HR 4 november 2011, NJ 2011, 514.

189 Vergelijk Maeijer 1962, p. 136-137 over Frans recht en p. 137-139 over Zwitsers recht en Abas 2006, p. 31 en 33 over Duits recht, p. 38 over Belgisch recht en p. 43 over Portugees recht.

190 De artt. VI.-3:103 (3) (b) en 5:301 (1) DCFR en DCFR 2010, p. 3426 en 3433-3434.

191 Art. 15 lid 2 Verordening Nr. 17 (Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag) en HvJ EU 17 juni 2010, nr. C-413/08 P (*Lafarge/Europese Commissie*).

192 § 6.2.1.

rijke partij gemakkelijk kan dragen. De grotere gevolgen kunnen ook tot uiting komen in een verminderde levensstandaard. Een partij met een zwakke financiële positie kan haar enige vakantie van het jaar mislopen door een schadepost die een partij met een sterke financiële positie gemakkelijk kan dragen.

De verhouding tussen de factoren 'financiële positie' en 'omvang belang' is vergelijkbaar met de verhouding tussen de factor 'maatschappelijke positie en professionaliteit' en verschillende andere factoren.¹⁹³ De factor 'financiële positie' is van belang omdat hij een vermoeden vestigt over de grootte van de gevolgen. De factor 'omvang belang' is de uiteindelijke relevante factor. Een beroep op deze factor is directer.

Dit betekent echter niet dat een beroep op de factor 'omvang belang' ook duidelijker is. De grootte van de gevolgen is niet altijd duidelijk vast te stellen. De vraag of een schadevergoeding zonder matiging tot een faillissement leidt, is nog enigszins objectief te beantwoorden. De precieze daling van de levensstandaard kan echter niet gemakkelijk worden gemeten. De wederpartij van de partij die beweert dat haar gezin niet meer op vakantie kan gaan, kan betogen dat een weekje op de camping bij Bakel er nog best inzit. De factor 'financiële positie' biedt een objectiever alternatief. Het is relatief gemakkelijk om vast te stellen hoe sterk de financiële positie van een partij ongeveer is. Deze vaststelling vestigt een vermoeden over de rol van de factor 'omvang belang'. Het is nu aan de partijen om dit vermoeden te versterken of te ontkrachten.

De factor vertoont ten slotte een overlap met de factor 'verschil in financiële positie'.¹⁹⁴ Het is niet redelijk en billijk om een partij met een zwakke financiële positie te beschermen als dit ten koste gaat van een wederpartij met een nog zwakkere financiële positie.

Toch heeft de factor 'financiële positie' wel degelijk zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Laat ik dit illustreren met een voorbeeld. Partij A heeft een zeer sterke financiële positie. De positie van Partij B is veel zwakker. Partij B veroorzaakt schade bij Partij A. Pleit de relatieve financiële positie voor matiging van de vordering van Partij A? Een positief antwoord ligt voor de hand. Deze onevenwichtigheid dient tenminste *een* rol te spelen, al is het natuurlijk mogelijk dat deze factor onvoldoende gewicht in de schaal legt om in het concrete geval tot een matiging te komen. Ik onthul extra informatie. De schade bedraagt slechts € 100. De schuldenaar kan deze schade gemakkelijk dragen. Is het nu nog steeds redelijk om ook maar *enig*

¹⁹³ § 4.2.

¹⁹⁴ § 7.2.4.

gewicht toe te kennen aan de relatieve posities?¹⁹⁵ Het gewicht van de factor ‘verschil in financiële positie’ is in deze casus minimaal, als het al bestaat.

De benadering van Maeijer is evenwichtiger. Maeijer stelt de financiële positie van de aansprakelijke partij voorop. De financiële positie van de schuldeiser is slechts zijdelings en in samenhang met de positie van de schuldenaar relevant.¹⁹⁶ Deze benadering verdient de voorkeur. De factor ‘financiële positie’ speelt de centrale rol. Matiging is pas aan de orde als de financiële positie van de schuldenaar zo zwak is dat zij de vordering niet of slechts met veel moeite kan betalen. De factor ‘verschil in financiële positie’ benadrukt dat er wel rekening moet worden gehouden met de relatieve vermogensposities. De bescherming van de een zwakke partij mag niet ten koste gaan van een nog zwakkere partij.

De casus in *Stichting FortisEffect/Nederland*¹⁹⁷ biedt een ander voorbeeld van de zelfstandige rol van de factor ‘financiële positie’. De financiële positie van Fortis pleitte voor het beperken van de nietigheid van het besluit. De financiële positie van de aandeelhouders speelde geen rol, ook omdat zij niet door het besluit werd verslechterd.

De rol van de factor ‘financiële positie’ is duidelijk. De factor biedt een objectief aanknopingspunt bij het bepalen van de rol van de factor ‘omvang belang’. De factor beschermt de partij met een zwakke financiële positie, tenminste voor zover deze partij niet (bijna) failliet is. Toch is de invloed van de factor beperkt. Gelijke gevallen verdienen gelijke behandeling. De wisselende financiële positie leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat er echt sprake is van een andere situatie. Een financiële positie maakt een geval pas anders als zij zo zwak is dat zij leidt tot een significant grotere aantasting van de rechtens relevante belangen.

4.9 Beperking

Een partij kan op verschillende manieren beperkt zijn. Een partij kan bijvoorbeeld worden beperkt door een handicap, een ziekte, leeftijd, dronkenschap of analfabetisme. Deze beperkingen verzwakken de partij. De redelijkheid en billijkheid beschermt zwakke partijen. De factor

195 Vergelijk Van der Grinten 1993, p. 457.

196 Maeijer 1962, p. 137-139. Vergelijk ook Van Boeschoten 1964, p. 174 en Abas 2006, p. 15.

197 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 320 (*Stichting FortisEffect/Nederland*).

‘beperking’ beïnvloedt daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Ik geef enkele voorbeelden. Verschillende beperkingen beïnvloeden het antwoord op de vraag of vertrouwen gerechtvaardigd is.¹⁹⁸ Een werkgever mag bijvoorbeeld minder snel vertrouwen op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door een *buitenlandse* werknemer.¹⁹⁹ De beperking bestaat hier uit de taalachterstand die gepaard kan gaan met een andere nationaliteit.²⁰⁰ De factor ‘beperking’ beïnvloedt het antwoord op de vraag of er sprake is van dwingende redenen in de zin van art. 7:678 BW. Relevante beperkingen zijn bijvoorbeeld de leeftijd, ‘simpelheid’ en verbale niet weerbaarheid.²⁰¹ De jonge leeftijd en het daarbij behorende gebrek aan inzicht van een partij beïnvloeden de toepassing van de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW.²⁰² Jonge leeftijd en geestelijke of lichamelijke tekortkomingen kunnen leiden tot de matiging van een schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW.²⁰³

De factor ‘beperking’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Art. 3:44 lid 4 BW noemt lichtzinnigheid en een abnormale geestestoestand als bijzondere omstandigheden waar misbruik van kan worden gemaakt. Art. 6:164 BW verhindert de toerekening van een onrechtmatige daad aan kinderen onder de veertien jaar. Art. 6:165 lid 1 BW beïnvloedt de toerekening van een als een doen te beschouwen gedraging die onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming is verricht. Een minderjarige is gedeeltelijk handelingsonbe-

198 Zie de artt. 3:35, 36 en 61 lid 2 BW. Deze artikelen zijn, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.

199 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (*Hazjiani*), HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 (*Hajjout/Ijmah*) en HR 28 september 1984, NJ 1985, 246 (*Ben Dadi/Mayonna*).

200 Vergelijk Jessurun d’Oliveira 1985, p. 18-19 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134.

201 HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643, Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7 (*Nivo Noord/X*) en HR 20 april 2012, NJ 2012, 263 (*A/Bijenkorf*). Art. 7:678 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

202 HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 (*Het Algemeen Provinciaal Fries Ziekenfonds/De Boer*), HR 20 februari 1987, NJ 1987, 483 (*Naarden/Vezeno*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (*Klaverblad/IZA*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (*ZAS/SRZ*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (*Van Keulen/Trias*), HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*) en Rb. ‘s-Gravenhage 5 december 2012, NJF 2013, 37 (*Centrale Zorgverzekeraars Groep/Manege Pretfort*). Art. 6:101 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

203 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 449 en 452 (M.v.A. II) en Valk 1993, p. 64. Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

kwaam.²⁰⁴ Meerderjarigen met een geestelijke stoornis of een gewoonte van drankmisbruik kunnen onder curatele worden gesteld.²⁰⁵

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De *PECL* en het *DCFR* noemen *improvident* en *ignorant* als beperkingen waar misbruik van kan worden gemaakt.²⁰⁶ In verschillende rechtsstelsels en het *DCFR* beïnvloeden minderjarigheid en geestelijke handicaps de aansprakelijkheid voor een onrechtmatige daad.²⁰⁷

De factor 'beperking' vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' besproken in § 3.2.2.

Een beperking verzwakt een partij. Andere factoren kunnen deze zwakte een rol geven. Een beperking kan bijvoorbeeld leiden tot een gebrek aan deskundigheid. Uit § 4.4 bleek dat deskundigheid kan bestaan uit algemene ontwikkeling of intelligentie. Een gebrekkige algemene ontwikkeling of een lage intelligentie kan volgen uit beperkingen als minderjarigheid, een geestelijke stoornis en 'simpelheid'. Deze beperkingen brengen ondeskundigheid met zich. De factoren 'beperking' en 'deskundigheid' vertonen daarom een overlap. Een beperking kan er ook toe leiden dat de partij minder goed in staat is om haar belangen te behartigen. De factor 'beperking' vertoont daarom ook een overlap met de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging'.

Een beroep op de achterliggende factoren is directer. De beperkingen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* ze leiden tot ondeskundigheid of beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging. Deze benadering blijkt ook uit de jurisprudentie. De leeftijd van het kind beïnvloedt de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW *omdat* beperkt inzicht aan de leeftijd is verbonden.²⁰⁸ De gevorderde leeftijd van de werknemer beïnvloedt de gerechtvaardigdheid van een ontslag *omdat* deze leeftijd leidt tot beperkte kansen op de arbeidsmarkt.²⁰⁹

204 Art. 1:234 BW.

205 Art. 1:378 lid 1 sub a en c BW.

206 De artt. 4:109 (1) (a) *PECL* en II.-7:207 (1) (a) *DCFR*.

207 De artt. VI.-3:103 (1) en (2) en 5:301 *DCFR* en *DCFR* 2010, p. 3427-3433 en 3692-3698.

208 HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (*Klaverblad/IZA*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (*ZAS/SRZ*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (*Van Keulen/Trias*) en HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*). Vergelijk ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 452 (M.v.A. II) in het kader van art. 6:109 lid 1 BW.

209 HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643 en Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7 (*Nivo Noord/X*).

Een beroep op de factor 'beperking' is echter wel duidelijk. Een beperking is meer dan een gebrek aan deskundigheid of beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging. Een beperking suggereert dat de partij geen eigen schuld heeft. Een onervaren partij kan zich inlezen, een zwak-begaafde partij moet met haar beperking leven. Een partij met beperkte kansen op de arbeidsmarkt kan zich bij- of omscholen, de scholingsmogelijkheden van een werknemer die de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt zijn echter beperkter. Een beroep op de factor 'beperking' is veel sprekender en daarom duidelijker. Er gaat een grotere overtuigende kracht van uit. Het versterkt het gewicht van de achterliggende factoren.

De verhouding tussen de factor 'beperking' en de factoren 'deskundigheid' en 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' kan *niet* op één lijn worden gesteld met de verhouding tussen de factor 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en de factoren waarover deze factor een vermoeden vestigt.²¹⁰ Een beperking leidt niet *in de regel* tot ondeskundigheid of beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging. Slechts bepaalde beperkingen leiden hiertoe.

De rol van een beperking verschilt daarnaast van geval tot geval. De jonge leeftijd kan de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden via de factor 'deskundigheid'. De jonge leeftijd kan de werking van de redelijkheid en billijkheid echter ook beïnvloeden via de factor 'omvang belang'.²¹¹ De redelijkheid en billijkheid kan een schadevergoeding matigen omdat het kind anders voor een belangrijk deel van zijn verdere leven met de schuld zou worden belast.²¹²

De redelijkheid en billijkheid beschermt een partij niet om de enkele reden dat zij een beperking heeft. Deze beperking is pas relevant als zij de rol van een andere factor beïnvloedt. De factor 'beperking' speelt geen zelfstandige rol. Toch heeft de factor waarde. Een combinatie van de factor 'beperking' en de achterliggende factoren verdient de voorkeur. De achterliggende factor geeft aan hoe de beperking de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. De factor 'beperking' vergroot het gewicht van de achterliggende factor.

4.10 Afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser

Een schuldeiser kan zijn rechten zelf uitoefenen. Een recht kan echter ook terecht komen bij een andere partij. De rechten kunnen overgaan op een

210 Vergelijk § 4.2.

211 § 6.2.1.

212 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 449.

partij die nauw betrokken is bij de oorspronkelijke schuldeiser. Zij kunnen ook overgaan op een partij die in een minder hechte verhouding tot de schuldeiser staat. De verhouding tot de *oorspronkelijke* schuldeiser beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid beschermt de oorspronkelijke schuldeiser en de partijen tot wie hij in een nauwe verhouding staat. Partijen verdienen minder bescherming naarmate zij verder van de oorspronkelijke schuldeiser afstaan.

Ook de afstand tot de *hoofdschuldeiser* beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een onrechtmatige daad kan schade veroorzaken bij verschillende partijen. Hij kan tegenover al deze partijen in gelijke mate onrechtmatig zijn. Het is echter ook mogelijk dat er een duidelijke 'hoofdgelaedeerde' of 'hoofdschuldeiser' is aan te wijzen. Partijen die dicht bij deze hoofdschuldeiser staan, verdienen meer bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid dan partijen die verder van hem afstaan.

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De eventuele beperking van de verjaring van een rechtsvordering is onder andere afhankelijk van het antwoord op de vraag of de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer, zijn nabestaanden of een derde.²¹³ In *Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland* werd de verjaring van de vordering van de slachtoffers en de weduwen beperkt. Een beroep op de verjaring van de rechtsvorderingen van andere nabestaanden was niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid.²¹⁴ De omstandigheid dat een gesubrogeerde verzekeraar de vordering instelt, pleit tegen de beperking van de verjaring.²¹⁵ De tendens om slachtoffers *wel* en verzekeraars *niet* te beschermen, speelt ook een rol buiten de beperking van een beroep op verjaring. Ik heb in § 4.2 enige voorbeelden gegeven.

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een hoofdschuldeiser kan overlijden door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Partners, kinderen, andere aanverwanten en andere partijen waarmee de hoofdschuldeiser in gezinsverband samenwoonde, hebben in dat geval op grond van art. 6:108 lid 1 BW recht op schadevergoeding voor het mislopen van levensonderhoud. Naaste familieleden van een overledene

213 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*).

214 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (*Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland*).

215 Hof Leeuwarden 29 maart 2006, JA 2006, 86 (*Essent/Onderlinge Brandwaarborgmaatschappij Speciaal voor Molenaars*).

hebben daarnaast recht op een schadevergoeding voor de aantasting van de nagedachtenis van deze overledene.²¹⁶

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Naaste verwanten van de hoofdschuldeiser hebben in verschillende rechtsstelsels en het DCFR recht op vergoeding van de kosten voor de verzorging van de hoofdschuldeiser.²¹⁷ Zij hebben in deze stelsels bovendien recht op vergoeding voor immateriële schade die is veroorzaakt door de dood of letsel van de hoofdschuldeiser.²¹⁸

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' is de keerzijde van de factor 'gedragingen van derden'.²¹⁹ De invloed van de factor 'gedragingen van derden' is onder andere afhankelijk van de verhouding tot de derde. De gedraging van deze derde is echter steeds een schadeveroorzakende gedraging. De invloed van de factor 'gedragingen van derden' is dus niet afhankelijk van de verhouding met de derde-schuldeiser, hij is afhankelijk van de verhouding met de derde-schuldenaar.

Een partij die in een nauwe verhouding tot de hoofdschuldeiser staat, kan *eigen* schade lijden. De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' vertoont in dergelijke gevallen een overlap met de factoren 'omvang belang' en 'soort belang'.²²⁰

De afstand tot de hoofdschuldeiser is een aanwijzing voor het bestaan van eigen schade. Een verkeersongeval met dodelijke afloop schaadt in de eerste plaats het slachtoffer. Het ongeluk schaadt daarnaast financieel afhankelijke gezinsleden. Zij verliezen immers de financiële steun van het slachtoffer. Zij worden bovendien geconfronteerd met begrafeniskosten.

De afstand tot de hoofdschuldeiser is daarnaast een aanwijzing voor de aantasting van een bepaalde soort belang. Een partij kan op grond van art. 6:106 lid 1, aanhef en sub b BW recht hebben op een schadevergoeding voor 'shock'-schade. Deze schade zal zich vooral voordoen bij een partij

216 Art. 6:106 lid 1, aanhef en sub c BW. Dit artikel is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Deze precisering ziet echter op de omvang van de schadevergoeding. De verwantschap is een wettelijke voorwaarde. Deze voorwaarde is niet afhankelijk van de redelijkheid en billijkheid.

217 Art. VI-2:201 (2) (a) DCFR en DCFR 2010, p. 3214-3218. Vergelijk art. 6:107 lid 1 BW. Dit artikel eist niet dat de verzorging wordt verricht door naaste familie.

218 Art. VI-2:202 (1) DCFR en DCFR 2010, p. 3230-3237.

219 § 3.3.

220 De §§ 6.2.1 en 6.2.2.

die in een affectieve relatie tot de hoofdschuldeiser staat.²²¹ Een dergelijke verhouding is echter niet noodzakelijk.²²²

De enkele verwantschap leidt niet tot het ontstaan van een schadevergoeding. Het recht op schadevergoeding is uiteindelijk afhankelijk van het bestaan en de soort van deze schade. Een beroep op de factoren 'omvang belang' en 'soort belang' is daarom directer.

Een beroep op de factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' verduidelijkt waarom juist deze partijen schade leiden. De factor verklaart waarom de ene omstander wel recht heeft op een vergoeding voor 'shock'-schade en de andere niet. De factor vestigt echter geen vermoedens. De schade komt pas voor vergoeding in aanmerking als hij vaststaat.²²³ De verhouding tot de hoofdschuldeiser heeft geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' verdient daarom niet de voorkeur.

De factor vertoont daarnaast een overlap met andere factoren uit deze hoofdcategorie. 'Nieuwe' schuldeisers die verder verwijderd van de oorspronkelijke schuldeiser staan, zijn vaak professionele bedrijven. De nieuwe schuldeiser is bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij. Niet alleen de *afstand* tussen de oorspronkelijke en de nieuwe schuldeiser beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid, ook de *verschillen* tussen deze partijen zijn relevant.

Ik geef een voorbeeld. Art. 6:101 lid 1 BW biedt de mogelijkheid om op grond van de redelijkheid en billijkheid af te wijken van de normale verdeling van de schade. Dit artikel heeft geleid tot de formulering van de '50%-regel' en de '100%-regel'. Voetgangers en fietsers die schade lijden bij een verkeersongeval, hebben op grond van de '50%-regel' recht op ten minste 50% van de schade. Jeugdige slachtoffers hebben op grond van de '100%-regel' zelfs recht op 100%. Deze regels zijn niet van toepassing als een verzekeraar de schade in plaats van het slachtoffer draagt. Het risico is in deze gevallen immers gespreid.²²⁴

221 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Kindertaxi*) en HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 (*Kleijnen/Reaal*).

222 Sieburgh 2003a, p. 190.

223 Vergelijk HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (*Kindertaxi*) en HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 (*Kleijnen/Reaal*).

224 HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (*IZA/Vrerink*), HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (*Klaverblad/IZA*) en HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (*ZAS/SRZ*). Art. 6:101 lid 1 BW is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser’ vertoont een overlap met de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’.²²⁵ Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ verdient de voorkeur. Uiteindelijk leiden de mogelijkheden tot risicospreiding tot het niet toepassen van de ‘50%-regel’ en de ‘100%-regel’. De afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser is van ondergeschikt belang.

De factor ‘afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid op twee verschillende manieren. Hij pleit allereerst voor de bescherming van schuldeisers die dicht bij de hoofdschuldeiser staan. Deze bescherming is echter afhankelijk van het bestaan en de soort van de schade. Een beroep op de factor ‘afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser’ verdient niet de voorkeur. De factor pleit daarnaast voor de bescherming van opvolgers van de oorspronkelijke schuldeiser die dicht bij deze schuldeiser staan. De factor speelt op deze manier een zelfstandige rol. Een beroep op deze rol verdient echter niet altijd de voorkeur. Een beroep op een ander kenmerk van de nieuwe schuldeiser kan de voorkeur verdienen.

4.11 Conclusie

Vrouwe Justitia is blind. Het gelijkheidbeginsel schrijft voor dat gelijke situaties gelijk worden behandeld. Discriminatie is niet toegestaan. Deze uitgangspunten waarschuwen tegen de invloed van de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’. Uit dit hoofdstuk blijkt echter dat de redelijkheid en billijkheid verschillende partijen wel degelijk verschillend behandelt. Toch lijken de hierboven genoemde waarschuwingen effect te hebben. De kenmerken van de partijen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als deze werkelijk relevant zijn voor het concrete geval. Een benadering waarin *iedere* werking van de redelijkheid en billijkheid afhankelijk is van (een factor uit) de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ ontbreekt. De hoofdcategorie onderscheidt zich hiermee van andere hoofdcategorieën.²²⁶

De factoren uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ beïnvloeden niet *iedere* werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid

²²⁵ § 4.7.

²²⁶ Vergelijk de §§ 2.6, 3.5 en 5.4.

echter wel degelijk. Verschillende kenmerken geven de hoofdcategorie zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking spelen in de eerste plaats een zelfstandige rol omdat zij relatief gemakkelijk zijn te bewijzen. Het is relatief gemakkelijk om vast te stellen of een partij een overheid, een professionele partij of een particulier is. Dit maakt het gemakkelijk om een beroep te doen op de factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'overheid'.²²⁷ Deze factoren vestigen op hun beurt een vermoeden over de rol van andere relevante kenmerken. De professionaliteit van een partij vestigt bijvoorbeeld een vermoeden over de deskundigheid van deze partij.²²⁸ Ook de 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' is in veel gevallen gemakkelijk te ondersteunen met bewijs.²²⁹ Familieverwantschap blijkt uit de registers van de overheid. Romantische relaties zijn, zover zij niet blijken uit de registers, te bewijzen met getuigen.²³⁰ Ook beperkingen zijn gemakkelijk te bewijzen.²³¹ Permanente beperkingen kunnen bijvoorbeeld blijken uit medische gegevens.

De factoren 'deskundigheid', 'kennis van een concreet feit' en 'vertrouwen' zien op 'interne' kenmerken.²³² De factoren verwijzen naar omstandigheden die slechts in het hoofd van de partij bestaan. De omstandigheden zijn slechts te bewijzen met medewerking van de partij en/of technische hulpmiddelen. De factoren worden daarom geobjectiveerd. De invloed van de factoren is niet afhankelijk van de *werkelijke* deskundigheid, *werkelijke* kennis van een concreet feit en *oprecht* vertrouwen, hij is afhankelijk van de deskundigheid en kennis van concrete feiten die van een partij *mag worden verwacht* en van het *gerechtvaardigd* vertrouwen. De objectivering maakt de factoren 'deskundigheid', 'kennis van een concreet feit' en 'vertrouwen' hanteerbaar. Zij zorgt ervoor dat de invloed van deze factoren ook is vast te stellen als de partij niet meewerkt.

De objectivering verkleint tegelijkertijd de zelfstandige rol van deze factoren. Zij maakt de invloed van de factoren afhankelijk van de objectiverende omstandigheden. De geobjectiveerde factor 'kennis van een concreet feit' is overbodig. Een beroep op de factoren die duidelijk maken waarom een partij een bepaald feit behoort te kennen, verdient de voorkeur boven een beroep op de factor 'kennis van een concreet

227 De §§ 4.2 en 4.3.

228 De §§ 4.2 en 4.4.

229 § 4.10.

230 Niet in alle gevallen, de overleden hoofdschuldeiser kan bijvoorbeeld een relatie hebben gehad waar zijn overige verwanten niet van wisten.

231 § 4.9.

232 De §§ 4.4, 4.5 en 4.6.

feit'.²³³ De geobjectiveerde factor 'vertrouwen' speelt slechts een vertalende rol tussen de objectiverende factoren en hun invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.²³⁴

De factor 'deskundigheid' behoudt *wel* een duidelijke zelfstandige rol. Deskundigheid kan het gevolg zijn van verschillende omstandigheden. Zij kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van ervaring of van een opleiding. Deze omstandigheden kunnen worden ingedeeld bij de factor 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking'.²³⁵ De relevante gedraging betreft dan het volgen van een opleiding of het eerder verrichten van een handeling. Een beroep op het *resultaat* van deze omstandigheden, deskundigheid, verdient echter de voorkeur. De omstandigheden die tot de deskundigheid leiden hebben vaak niets te maken met het concrete geval. Slechts het resultaat van deze omstandigheden beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor 'deskundigheid' is daarom duidelijker.

De kenmerken van de partijen spelen daarnaast een zelfstandige rol omdat zij verduidelijken welke belangen betrokken zijn bij het concrete geval. De factor 'overheid' maakt duidelijk dat er publiekrechtelijke belangen in het spel kunnen zijn.²³⁶ De factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'financiële positie' verduidelijken de aard en de grootte van de betrokken belangen. De belangen zijn groter als de partij een zwakke financiële positie heeft. Een partij met een zwakke financiële positie kan de gevolgen van een schadepost moeilijker verwerken. De belangen van een professionele partij zijn in veel gevallen slechts zakelijk. De aantasting van de belangen van een particulier kan ingrijpen in zijn persoonlijke leven.²³⁷ De financiële positie van een partij is bovendien gemakkelijker vast te stellen dan de impact van een schadepost op deze partij. De financiële positie is bijvoorbeeld vast te stellen door middel van bankafschriften, loonstrookjes of belastingaanslagen.

De factoren uit de hoofdcategorie 'kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking' spelen ten slotte een zelfstandige rol omdat zij duidelijk maken of een partij verantwoordelijk is voor een bepaalde situatie of een bepaald gevolg. De redelijkheid en billijkheid stelt hogere eisen aan een sterke partij. De factoren 'maatschappelijke positie', 'overheid', 'deskundigheid' en 'beperking' beïnvloeden bijvoorbeeld het antwoord op de vraag of vertrouwen gerechtvaardigd is. Het vertrouwen van een sterke

233 § 4.5.

234 § 4.6.

235 § 3.2.

236 § 4.3.

237 De §§ 4.2 en 4.8.

partij is minder snel gerechtvaardigd. Omgekeerd mag een partij sneller vertrouwen op de verklaringen van een sterke partij.²³⁸ De factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ maakt duidelijk of de partij in staat was de nadelige gevolgen te voorkomen. Een partij met sterke mogelijkheden tot belangenbehartiging kan de nadelen bijvoorbeeld afwentelen op anderen.²³⁹

De factoren uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ oefenen om drie redenen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij zijn relatief gemakkelijk te bewijzen, zij maken duidelijk welke belangen betrokken zijn bij het concrete geval en zij verduidelijken of de partij verantwoordelijk is voor de ontstane situatie. Deze kenmerken leiden tot een substantiële rol voor de factoren uit deze hoofdcategorie. Er is echter een aspect dat de invloed van deze factoren verkleint. De werking van de redelijkheid en billijkheid is in veel gevallen niet afhankelijk van de kenmerken van *een* partij. Zij is dikwijls afhankelijk van de kenmerken van deze partij *in vergelijking met* de kenmerken van haar wederpartij. Dit verkleint de zelfstandige rol van de factoren ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’, ‘deskundigheid’, ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ en ‘financiële positie’ ten bate van de rol van de factoren ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’, ‘verschil in deskundigheid’, ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ en ‘verschil in financiële positie’.²⁴⁰ De factoren uit deze hoofdcategorie behouden een zelfstandige rol. Steeds is het echter van belang om vast te stellen wat de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval nu echt beïnvloedt. Gaat het om een sterke partij die haar positie gebruikt tegenover een zwakke partij? Of zijn de kenmerken van een partij relevant onafhankelijk van haar wederpartij? Dit onderscheid dwingt tot een precieze motivering.

238 § 3.2.2. Zie over deze factoren de §§ 4.2, 4.3, 4.4 en 4.9.

239 § 4.7.

240 De §§ 4.2, 4.4, 4.7, 4.8, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.3 en 7.2.4.

HOOFDSTUK 5

DE VERHOUDING TUSSEN DE PARTIJEN BIJ EEN RECHTSBETREKKING

5.1 Inleiding

De partijen bij een rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zowel hun gedragingen,¹ hun kenmerken² als hun belangen³ oefenen invloed uit. Uit dit hoofdstuk blijkt dat ook de verhouding *tussen* de partijen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

De hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ is afhankelijk van twee typen verhoudingen. Ik begin met het behandelen van de relevante *feitelijke* verhoudingen (§ 5.2). Vervolgens bespreek ik de invloed van verschillende aspecten van de *rechtsbetrekking* (§ 5.3). Ik eindig met een conclusie over de hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ (§ 5.4).

Er bestaat overigens geen onoverbrugbare kloof tussen de feitelijke verhouding en de rechtsbetrekking. Zij zijn van elkaar afhankelijk. De feitelijke verhouding beïnvloedt allereerst de werking van de redelijkheid en billijkheid en daarmee de rechtsbetrekking. Het bestaan van een rechtsbetrekking brengt daarnaast een feitelijke verhouding met zich. Een (duur)overeenkomst leidt bijvoorbeeld tot het ontstaan van een feitelijke verhouding waarin de partijen samenwerken.⁴

5.2 Feitelijke verhoudingen

De feitelijke verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Maar waarom houdt

1 § 3.2.

2 Hoofdstuk 4.

3 § 6.2.

4 § 5.2.3. Vergelijk over de verwevenheid tussen overeenkomsten en feitelijke verhoudingen ook Eisenberg 1995, p. 296-297.

de redelijkheid en billijkheid eigenlijk rekening met deze verhoudingen? Partijen die rechtsgevolgen willen verbinden aan een feitelijke verhouding kunnen toch rechtshandelingen verrichten? Zij kunnen bijvoorbeeld een overeenkomst sluiten. Dit gebeurt echter niet altijd. Een feitelijke verhouding kan ertoe leiden dat er geen of een andere overeenkomst wordt gesloten. De verhouding leidt tot een rechtsbetrekking die afwijkt van de rechtsbetrekking die zonder deze feitelijke verhouding tot stand zou zijn gekomen. Dit kan in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. De discrepantie kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van misbruik van de feitelijke verhouding. De redelijkheid en billijkheid verzet zich daarnaast tegen het beschamen van verwachtingen die gerechtvaardigd zijn op grond van de verhouding.

Een grote verscheidenheid aan feitelijke verhoudingen beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze feitelijke verhoudingen bezitten echter telkens één of meer kenmerken. De invloed van de verhoudingen vloeit voort uit deze kenmerken. In de volgende subparagrafen bespreek ik deze kenmerken. Ik bespreek achtereenvolgens de invloed van afhankelijkheid (§ 5.2.1), vertrouwen (§ 5.2.2) en samenwerking (§ 5.2.3).

5.2.1 *Afhankelijkheid*

De partijen bij een rechtsbetrekking kunnen in een verhouding van afhankelijkheid tot elkaar staan. Het kan hierbij gaan om een verhouding waarin de ene partij afhankelijk is van de andere partij. Een dergelijke verhouding kan bijvoorbeeld bestaan tussen kind en ouder, pupil en mentor, werknemer en werkgever, afnemer en monopolist of burger en overheid. De partijen kunnen echter ook afhankelijk van elkaar zijn. Een enkele werknemer kan afhankelijk zijn van zijn werkgever, de werkgever kan echter ook afhankelijk zijn van zijn werknemers of van een belangrijke werknemer. Een bedrijf is afhankelijk van de gemeente waarin het gevestigd is. Een kleine gemeente kan echter afhankelijk zijn van het grote bedrijf dat haar inwoners werk verschaft.

De redelijkheid en billijkheid eist dat een partij de afhankelijke positie van haar wederpartij niet uitbuit. De factor 'afhankelijkheid' beïnvloedt daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een afnemer kan afhankelijk zijn van een monopolist van een belangrijke voorziening. Van Oven betoogt dat dit moet leiden tot een grotere verantwoordelijkheid voor de monopolist.⁵ Afhankelijkheid

5 Van Oven 1961, p. 5-6.

pleit daarnaast voor een beperking van de opzeggingsbevoegdheid tot gevallen waarin de niet-afhankelijke partij een zwaarwegende grond voor opzegging heeft.⁶

Tjittes is geen voorstander van de bescherming van kleine professionele partijen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hij maakt echter een uitzondering voor kleine ondernemers in een andere tak van handel of industrie die (volstrekt) afhankelijk zijn van een grote ondernemer.⁷ De goede trouw eist volgens Van de Sande Bakhuijzen dat een kleine professionele partij die afhankelijk is van een grotere partij *als ware hij arbeider* op bepaalde punten ook de bescherming van een arbeider krijgt.⁸

De factor 'afhankelijkheid' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid en buiten het Nederlandse recht. Art. 1 Wet op de jeugdzorg definieert 'kindermishandeling' als "elke vorm van voor een minderjarige bedreigende of geweldadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die de ouders of andere personen ten opzichte van wie de minderjarige in een relatie van *afhankelijkheid of van onvrijheid* staat, actief of passief opdringen, (...)" (cursivering PTJW). Afhankelijkheid is een omstandigheid waar misbruik van kan worden gemaakt.⁹ Dit geldt ook in verschillende Europese rechtsstelsels, de PECL en het DCFR.¹⁰ Een nietige overeenkomst kan op grond van de *Treu und Glauben* als een geldige overeenkomst worden behandeld als één van de partijen bij de ander het vertrouwen opwekt dat zij de overeenkomst toch na zal komen. Een verhouding van afhankelijkheid is een omstandigheid die hiervoor pleit.¹¹ Een verhouding van afhankelijkheid leidt in Frankrijk tot zwaardere informatieplichten.¹²

Verschillende omstandigheden leiden tot een verhouding van afhankelijkheid. Deze omstandigheden kunnen onder een andere factor vallen. De afhankelijkheid kan bijvoorbeeld ontstaan door een publiekrechtelijk monopolie. De factor 'afhankelijkheid' vertoont in dit geval een overlap met de factor 'overheid'.¹³ Een beroep op de factor 'afhankelijkheid' is in dit geval directer. Het kenmerk 'overheid' is in het concrete

6 HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685 (*De Ronde Venen/Stedin*), Rb. Middelburg 25 april 2012, LJN BY0234 (*Enza/Agro Care*) en Rb. Rotterdam (vzr.) 1 oktober 2012, NJF 2012, 495.

7 Tjittes 1994, p. 33. Zie ook § 4.2.

8 Van de Sande Bakhuijzen 1979, p. 287-288.

9 Art. 3:44 lid 4 BW.

10 De artt. 4:109 (1) (a) PECL en II.-7:207 (1) (a) DCFR en DCFR 2010, p. 511-512.

11 Larenz/Wolf 2004, p. 503. Vergelijk ook Hesselink 1999, p. 118-121.

12 Hesselink 1999, p. 266.

13 § 4.3.

geval relevant *omdat* het leidt tot een verhouding van afhankelijkheid. Een beroep op de factor 'afhankelijkheid' is ook duidelijk. De factor 'afhankelijkheid' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid, in tegenstelling tot de factor 'overheid', slechts op één manier. Het beroep maakt direct duidelijk waarom het kenmerk 'overheid' van belang is.

Een verhouding van afhankelijkheid is een verhouding tussen twee partijen. Het is echter mogelijk om het 'verhoudingsaspect' weg te schrijven. Men kan de nadruk ook leggen op de mogelijkheden tot belangenbehartiging. De afhankelijke partij is tegenover de wederpartij niet of slechts beperkt in staat om haar belangen te behartigen. De factor 'afhankelijkheid' vertoont daarom een overlap met de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging'.¹⁴ Verschillende mogelijkheden tot belangenbehartiging of 'economische posities' beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een afhankelijke positie is één van die posities. Een beroep op de 'afhankelijkheid' van een partij maakt duidelijk dat haar mogelijkheden tot belangenbehartiging erg zwak zijn. De term 'afhankelijkheid' functioneert in een dergelijk geval als een beschrijving van de mogelijkheden tot belangenbehartiging.

Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' of de factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' is directer. Een verhouding van afhankelijkheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* zij de mogelijkheden tot belangenbehartiging beïnvloedt. Partijen kunnen op verschillende manieren afhankelijk van elkaar zijn. Zij kunnen bijvoorbeeld in sociaal opzicht aan elkaar gebonden zijn. Toch verhindert de redelijkheid en billijkheid niet dat een partner zijn wederhelft aan de kant zet. Een verhouding van afhankelijkheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid pas als zij leidt tot verminderde mogelijkheden tot belangenbehartiging.

Een beroep op de factor 'afhankelijkheid' is duidelijk. Het verduidelijkt dat de afhankelijke partij echt overgeleverd is aan haar wederpartij. Dit geeft de factor 'afhankelijkheid' echter geen zelfstandige rol. Een overtuigend beroep op de mogelijkheden tot belangenbehartiging gaat gepaard met de beschrijving van deze mogelijkheden. De 'afhankelijkheid' kan hier voldoende aan bod komen.

Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' of de factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' verdient altijd de voorkeur boven een beroep op de factor 'afhankelijkheid'. De

14 Zie de §§ 4.7 en 7.2.3.

factor ‘afhankelijkheid’ is daarom overbodig. Hij oefent geen zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

5.2.2 Vertrouwensrelatie

Een feitelijke verhouding kan worden gekenmerkt door wederzijds vertrouwen. Er bestaat in dit geval een ‘vertrouwensrelatie’. Abas definieert de vertrouwensrelatie als “een betrekking van een persoon tot een ander, waarin de een op de trouw van de andere persoon en de ander op zijn beurt op de trouw van de een kan en mag afgaan. Het gaat er derhalve om, dát personen tot elkaar in een verhouding staan en dat deze met zich meebrengt, dat die personen wederzijds op elkaar mogen afgaan.”¹⁵

De definitie van Abas is breed. De definitie omvat verhoudingen met een hoge mate van vertrouwelijkheid zoals de verhouding tussen partners, ouder en kind, voogd en pupil, adviseur en advieszoekende en dokter en patiënt.¹⁶ De definitie is hier echter niet tot beperkt. Ook minder hechte verhoudingen vallen onder de definitie van Abas. Van der Grinten noemt bijvoorbeeld de verhouding tussen de deelgenoten in de rechtspersoon en de rechtspersoon, partners in een gemeenschap, onderhandelende partijen en medeschuldenaren.¹⁷ Ook een overeenkomst leidt tot een vertrouwensrelatie.¹⁸

In de benadering van Van der Grinten en Abas is bijna iedere verhouding die door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst ook een vertrouwensrelatie.¹⁹ Het begrip verliest zijn onderscheidend vermogen. Toch gaat de factor niet aan zijn eigen succes ten onder. Dat bijna iedere verhouding een vertrouwensrelatie is, betekent niet dat het vertrouwen iedere verhouding in *dezelfde mate* beheerst. De werking van de redelijkheid en billijkheid is niet afhankelijk van het antwoord op de vraag *of* een verhouding een vertrouwensrelatie is. Zij is afhankelijk van de *mate waarin* het vertrouwen de verhouding kenmerkt.

De redelijkheid en billijkheid eist dat een partij het gerechtvaardigd vertrouwen van haar wederpartij niet beschaamt.²⁰ Een vertrouwensrelatie is een belangrijke bron van gerechtvaardigd vertrouwen. Het vertrouwen ziet in een dergelijk geval niet noodzakelijk op een bepaalde

15 Abas 1972, p. 48.

16 Vergelijk, in de context van *undue influence*, Chitty/Beale 2012, nr. 7-078–7-081 en 7-089.

17 Van der Grinten 1965, p. 161.

18 Van der Grinten 1965, p. 159 en Abas 1972, p. 48.

19 Vergelijk § 1.2.7.

20 Zie ook de §§ 3.2.2 en 4.6.

inhoud van een rechtshandeling of op de niet-uitoefening van een recht. Partijen die in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan, mogen erop vertrouwen dat de wederpartij zich 'fatsoenlijk' gedraagt. Een partij in een vertrouwensrelatie mag rekenen op een redelijke opstelling van haar wederpartij. Zij mag ervan uitgaan dat de ander geen misbruik maakt van haar vertrouwen. De partijen mogen er daarnaast op rekenen dat eventuele problemen op een redelijke manier worden opgelost. Het staat een partij in een vertrouwensrelatie niet vrij om haar belangen te behartigen op een manier die de belangen van haar wederpartij onredelijk schaadt.

Een partij schaadt het uit de vertrouwensrelatie voortvloeiende vertrouwen door zich 'onfatsoenlijk' of 'onredelijk' te gedragen. Zij schaadt het vertrouwen door in strijd te handelen met de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een onfatsoenlijke gedraging is 'eerder' en 'extra' in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de partijen in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan. De redelijkheid en billijkheid stelt strengere eisen aan de partijen die in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan.

Ik geef enkele voorbeelden. Een vertrouwensrelatie leidt tot een strengere gedragsnorm.²¹ De opgebouwde vertrouwensrelatie tussen een kunsthandelaar en een kunst koper kan ertoe leiden dat de koper mag verwachten dat de handelaar hem geen werken verkoopt waarvan de waarde veel lager is dan de betaalde koopprijs.²² De onderlinge verhouding van de partijen beïnvloedt de eventuele beperking van de rechtsgevolgen van een exoneratiebeding.²³ Een verhouding tussen een vertrouwensman en een vertrouwenschenkende partij kan hierbij een rol spelen.²⁴ Een vertrouwensrelatie leidt tot een verzwaring van de mededelingsplichten op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.²⁵ De vertrouwelijke verhouding tussen een bank en zijn cliënt leidt tot een bijzondere zorgplicht

21 Abas 1972, p. 49.

22 Hof Amsterdam 24 november 1983, NJ 1984, 794 (*Kunsthandel A/B*).

23 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*). De onderlinge verhouding speelt ook een rol bij het beoordelen van andere bedingen. Zie bijvoorbeeld HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*) en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/ Curatoren THB*).

24 Bloembergen 1969, p. 361.

25 Cohen Henriquez 1976, p. 631, Smits 1999, p. 65, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 232 en Jansen 2012a, p. 155. Zie ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 58-59. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

voor deze bank.²⁶ Omgekeerd kan een schending van het vertrouwen door de cliënt de bank het recht geven om de relatie te beëindigen.²⁷

De factor 'vertrouwensrelatie' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Misbruik van omstandigheden kan bestaan uit misbruik van vertrouwen.²⁸ Het schenden of misbruik maken van een vertrouwensrelatie kan daarnaast in strijd zijn met de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. De vertrouwelijke positie van een bank leidt tot het aannemen van zorgplichten ten opzichte van derden.²⁹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Een vertrouwensrelatie leidt in het Duitse recht tot *Schutzpflichten* op grond van de *Treu und Glauben*.³⁰ Een dergelijke verhouding leidt in Frankrijk tot zwaardere informatieplichten op grond van de *bonne foi*.³¹ Het misbruik maken van een vertrouwensrelatie kan ook in verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR* leiden tot (een variant op) misbruik van omstandigheden.³²

Een vertrouwensrelatie kan op verschillende manieren ontstaan.³³ Zij kan ontstaan door een hechte persoonlijke verhouding tussen twee partijen. Naaste familie en geliefden stellen vertrouwen in elkaar. Juist dit vertrouwen leidt tot strengere eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een expliciet beroep op de vertrouwensrelatie verdient daarom de voorkeur. Een dergelijk beroep is preciezer en duidelijker dan een verwijzing naar een 'bijzondere verhouding',³⁴ een 'liefdesrelatie'³⁵ of naar de omstandigheid dat de partijen (gewezen) echtgenoten zijn.³⁶

-
- 26 Hof Leeuwarden 3 september 2003, *NJF* 2004, 62 (*K/Friesland Bank*). Zie over de invloed van de vertrouwensrelatie tussen de bank en zijn klant ook Deterink & Prinsen 1996, p. 161-162. Zie ook § 4.2 over de bijzondere positie van een bank.
 - 27 Rb. Amsterdam 2 maart 2011, *JOR* 2012, 19 (*ING/A*).
 - 28 Hof Amsterdam 3 januari 1969, *NJ* 1970, 89 (*Budie/De Drie Hoefijzers*), Vranken 1989, p. 60, Van Dunné 1992, p. 87, 89 en 93, Tjittes 1994, p. 106 en Van Dunné 2004, p. 580.
 - 29 Hof Leeuwarden 3 september 2003, *NJF* 2004, 62 (*K/Friesland Bank*). Zie over de bijzondere positie van een bank ook § 4.2.
 - 30 Canaris 1965, p. 479 en Hesselink 1999, p. 189.
 - 31 Hesselink 1999, p. 266.
 - 32 Zie de artt. 4:109 (1) (a) *PECL* en II.-7:207 (1) (a) *DCFR*, *PECL* 2000, p. 264, *DCFR* 2010, p. 510-512 en Chitty/Beale 2012, nr. 7-057-7-058 en 7-086.
 - 33 Vergelijk ook Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 58-59.
 - 34 Vergelijk bijvoorbeeld HR 3 januari 1964, *NJ* 1965, 16 (*Streefland/Van der Graaf*) en HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (*Pos/Van den Bosch*).
 - 35 Rb. Middelburg 19 december 2011, *LJN* BV9326.
 - 36 HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 312 (*Katwijkse boedelscheiding*) en HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150 (*Kriek/Smit*).

Een vertrouwensrelatie kan ook ontstaan door het bijzondere karakter van een zakelijke verhouding. Een vertrouwensrelatie kan bijvoorbeeld ontstaan in verhoudingen waar een partij haar wederpartij adviseert. Een dergelijke zakelijke verhouding ontstaat dikwijls door een overeenkomst. De factor 'vertrouwensrelatie' vertoont daarom een overlap met de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'.³⁷

Een beroep op de factor 'vertrouwensrelatie' verdient in een dergelijk geval de voorkeur. Verschillende kenmerken van de rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren. Een beroep op het in het concrete geval relevante kenmerk, de uit de overeenkomst voortvloeiende vertrouwensrelatie, is duidelijker. Een beroep op de factor 'vertrouwensrelatie' is bovendien directer. De rechtsbetrekking is in een dergelijk geval relevant *omdat* zij tot een vertrouwensrelatie leidt.

Wel kan de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' verduidelijken dat er een vertrouwensrelatie bestaat. De overeenkomst tussen een advocaat en een cliënt brengt standaard vertrouwen met zich. Dit speelt echter niet bij iedere zakelijke vertrouwelijke verhouding.

Een verhouding tussen een kunsthandelaar en zijn cliënt kan vertrouwelijk zijn.³⁸ Deze vertrouwelijkheid blijkt echter niet uit de koopovereenkomsten tussen de handelaar en de klant. Een kunsthandelaar kan ook (herhaaldelijk) kunst verkopen aan cliënten zonder een vertrouwensrelatie op te bouwen. Een beroep op de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' verduidelijkt in een dergelijk geval niet.

Ik heb hierboven beschreven dat ook de verhoudingen tussen onderhandelende partijen en tussen de partijen bij een overeenkomst als vertrouwensrelaties kunnen worden gekwalificeerd. Een beroep op de factor 'vertrouwensrelatie' is in deze gevallen echter niet duidelijk. Deze verhouding is slechts beperkt vertrouwelijk. Men kan betogen dat onderhandelende partijen elkaar helemaal niet vertrouwen. Hoort een partij geen rekening te houden met de mogelijkheid dat de wederpartij door list en bedrog een voor haar gunstigere overeenkomst probeert te sluiten? Is deze wederpartij daar niet, tenminste tot op zekere hoogte, toe gerechtigd?³⁹ 'Vertrouwensrelatie' is geen duidelijke omschrijving van deze

37 § 5.3.2.

38 Zie noot 22.

39 Vergelijk D. 4,4,16,4 Ulpianus, *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire* en D. 19,2,22,3 Paulus, *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

verhouding. De factor ‘samenwerking’ beschrijft deze verhouding beter. Onderhandelende partijen en contractpartijen proberen door samen te werken een voordeel te behalen. De partijen mogen niet in alle opzichten op elkaar vertrouwen. Toch hebben ze wel degelijk meer plichten tegenover elkaar dan tegenover willekeurige derden. Ik beschrijf de verhouding van samenwerking uitgebreider in § 5.2.3. Een beroep op de factor ‘vertrouwensrelatie’ verdient wel de voorkeur als het vertrouwen de verhouding in hoge mate kenmerkt. Een beroep op de factor ‘vertrouwensrelatie’ verduidelijkt dat het vertrouwen verder gaat dan het beperkte vertrouwen dat door een verhouding van samenwerking wordt gerechtvaardigd.

Afhankelijkheid en vertrouwelijkheid kunnen hand in hand gaan. De verhouding tussen een kind en zijn ouder is bijvoorbeeld zowel afhankelijk als vertrouwelijk.⁴⁰ Toch bestaat er geen overlap tussen de factoren ‘afhankelijkheid’ en ‘vertrouwensrelatie’. De factoren benadrukken ieder een eigen aspect van de feitelijke verhouding. De factor ‘afhankelijkheid’ benadrukt de superieure mogelijkheden tot belangenbehartiging van één van de partijen. De factor ‘vertrouwensrelatie’ legt de nadruk op het vertrouwen dat de partijen in elkaar stellen.

De factor ‘vertrouwensrelatie’ kan leiden tot gerechtvaardigd vertrouwen. De factor vertoont daarom een overlap met de factor ‘vertrouwen’. Een beroep op de factor ‘vertrouwensrelatie’ verdient om de in § 4.6 besproken redenen de voorkeur.

Een onfatsoenlijke gedraging is ‘eerder’ en ‘extra’ in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de partijen in een vertrouwensrelatie tot elkaar staan. De factor ‘vertrouwensrelatie’ leidt tot strengere eisen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hoe groter de mate waarin een verhouding door vertrouwen wordt beheerst, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘vertrouwensrelatie’ verdient echter alleen de voorkeur als de verhouding sterk vertrouwelijk is. De factor ‘samenwerking’ verdient de voorkeur bij beperkt vertrouwelijke verhoudingen.

5.2.3 Samenwerking

De mens werkt samen om te overleven. Slechts een klein gedeelte van de mensen voorziet volledig in zijn eigen behoeften. Specialisatie en samenwerking karakteriseren onze samenleving. De één produceert voedsel, de

40 Zie ook § 5.2.1.

ander bouwt huizen. Zij hebben elkaar nodig om zowel warm als doorvoed te blijven. Beiden profiteren van een ruil. Het recht stimuleert samenwerking. Het reguleert de overeenkomst, het belangrijkste instrument voor samenwerking, en ziet toe op haar naleving.

De factor ‘samenwerking’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid als de partijen bij een rechtsbetrekking met elkaar samenwerken. Dit is onder andere het geval tijdens de onderhandelingen,⁴¹ bij de uitvoering van een overeenkomst,⁴² na de uitvoering of beëindiging van een overeenkomst⁴³ en bij feitelijke samenwerking zonder een directe rechtsbetrekking.

De invloed van de factor ‘samenwerking’ is op verschillende manieren te verklaren. Allereerst kan worden gewezen op de voorwaarden voor de totstandkoming van een overeenkomst. Een overeenkomst komt pas tot stand als *beide* partijen dit willen. Een partij zal dit pas willen als zij een voordeel van deze overeenkomst verwacht. Deze verwachting moet door *beide* partijen worden gedeeld. Een overeenkomst is geen rechtsbetrekking waarbij het duidelijk is dat één partij een voordeel behaalt *ten koste van* haar wederpartij.⁴⁴ Deze overeenkomst wordt niet gesloten.⁴⁵ De partijen moeten, door middel van samenwerking, tot een overeenkomst komen die voor hen beide voordelig is. De redelijkheid en billijkheid verplicht de partijen bij een verhouding van samenwerking om zich coöperatief op te stellen.⁴⁶

41 Brownsword 1997, p. 275, Vranken 1997a, p. 22-24, Brownsword 1999, p. 29 en Asser/Van Olffen 2010 (7-VII*), nr. 6. Anders: House of Lords 23 januari 1992, *Walford v Miles*, [1992] 2 W.L.R. 174: “the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.” Deze formulering legt echter teveel nadruk op de tegengestelde posities van de partijen. Zie bijvoorbeeld Brownsword 1997, p. 262 en Van Rossum 2011a, p. 15-16.

42 McKendrick 1995, p. 310, Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997, p. 174 en 178, Brownsword 1997, p. 256, Vranken 1997a, p. 22-24, Wilhelmsson 1999, p. 181, Mendel 2000, p. 138 en Van Dunné 2011, p. 118.

43 Vranken 1997a, p. 24.

44 Vergelijk Brownsword 1996, p. 135-137, Brownsword 1997, p. 255-256, Burchell & Wilkinson 1997, p. 219, Mendel 2000, p. 138, UP 2010, p. 150, Mahoney 2011, p. 155 en Weterings 2012, p. 112.

45 Dit is een vereenvoudiging van de werkelijkheid. Een behandeling van alle omstandigheden die de partijen ertoe kunnen bewegen een overeenkomst te sluiten valt buiten het bereik van dit onderzoek.

46 Vranken 1997a, p. 23. Zie in het kader van de *good faith* ook Brownsword 1996, p. 137-139 en 156. Vergelijk ook Gómez 2011, p. 27. Gómez heeft weinig vertrouwen in het tot samenwerking stimulerende vermogen van *obligations of good-faith behaviour*.

Daarnaast kan worden gewezen op het vertrouwen dat samenwerkende partijen in elkaar (moeten) stellen. Een partij vertrouwt en rekent erop dat haar wederpartij haar verplichtingen nakomt. De gevolgen van niet-nakoming zijn dikwijls groter dan de enkele waarde van de prestatie. De niet-nakoming van de verplichting tot reparatie van een broodmachine kan bijvoorbeeld leiden tot omzetverlies voor de bakker. De bakker mag erop vertrouwen dat de reparateur zich inzet om deze schade te voorkomen. Een vruchtbare samenwerking kan daarnaast eisen dat partijen bepaalde informatie prijsgeven. De partij mag erop vertrouwen dat de met haar samenwerkende wederpartij deze informatie niet misbruikt.⁴⁷

Ten slotte kan worden gewezen op het doel van het (overeenkomsten)recht. Het recht stimuleert samenwerking. Dit doel beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸

De factor 'samenwerking' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid op dezelfde manier als de factor 'vertrouwensrelatie'.⁴⁹ Een verhouding van samenwerking leidt tot strengere eisen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Een partij moet zich 'extra' fatsoenlijk gedragen tegenover een wederpartij tot wie zij in een verhouding van samenwerking staat. Zij moet rekening houden met de belangen van haar wederpartij. De partij mag daarnaast het haar op grond van de verhouding van samenwerking geschonken vertrouwen niet beschamen. De factor 'samenwerking' verplicht ten slotte tot samenwerking: de partijen zijn verplicht om redelijke medewerking te verlenen bij de uitvoering van een overeenkomst.

Deze plichten gelden echter niet onverkort. Zij gelden slechts voor zover ze nodig zijn voor een vruchtbare samenwerking. Een verhouding van samenwerking rechtvaardigt het vertrouwen in de wederpartij voor zover de belangen parallel lopen. Het rechtvaardigt daarnaast het vertrouwen in een coöperatieve instelling. Een partij mag erop rekenen dat haar wederpartij meewerkt aan een samenwerking die voor beide partijen voordelig kan zijn. Zij mag er daarnaast op rekenen dat haar wederpartij geen misbruik maakt van de coöperatieve instelling van de partij. Een partij mag er echter niet op vertrouwen dat haar wederpartij meewerkt aan een samenwerking die voor beide partijen *even* voordelig is.⁵⁰ Ook een

47 Vergelijk over het vertrouwen tussen samenwerkende partijen bijvoorbeeld Burchell & Wilkinson 1997, p. 217-221, 223-224 en 226-227.

48 § 2.5.

49 § 5.2.2.

50 Vergelijk Brownsword 1996, p. 137 en Burchell & Wilkinson 1997, p. 219.

samenwerkende partij probeert haar belangen zo goed mogelijk te behartigen. Dit kan ten koste gaan van de belangen van de wederpartij. Wie draagt het risico? Hoe hoog is de te betalen prijs? De partijen staan in deze zaken tegenover elkaar. Een partij is vrij om deze zaken op een voor haar gunstige wijze te regelen.

De invloed van de factor ‘samenwerking’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid is niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of er sprake is van samenwerking tussen de partijen bij een rechtsbetrekking. Zij is afhankelijk van *de mate van* deze samenwerking. Hoe groter de samenwerking, des te groter is de invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De samenwerking wordt bijvoorbeeld hechter als de partijen vaker overeenkomsten sluiten, als zij zich verbinden tot een samenwerking voor een langere termijn en als de onderhandelingen vorderen. Concurrentie tussen de partijen leidt juist tot een beperktere samenwerking.

De factor ‘samenwerking’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een duurovereenkomst vereist meer samenwerking dan een kortlopende overeenkomst. Dit beïnvloedt de uitleg van deze overeenkomst.⁵¹ Een derde sluit een overeenkomst met de schuldeiser. Ter uitvoering van deze overeenkomst sluit de derde een overeenkomst met de schuldenaar. De schuldenaar neemt daarin een exonerationclausule op. De schuldenaar en de schuldeiser sluiten geen overeenkomst. Nauwe feitelijke samenwerking tussen de schuldenaar en de schuldeiser pleit voor de ‘doorwerking’ van de exonerationclausule tegen de schuldeiser.⁵²

De mate van samenwerking beïnvloedt de omvang van de mededelingsplichten op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.⁵³ Gestandaardiseerde diensten leiden tot minder vergaande mededelingsplichten dan specifieke diensten of advisering.⁵⁴ Uiteenlopende, tegengestelde belangen pleiten voor beperkte mededelingsplichten.⁵⁵

De overname van één van de contractpartijen kan ertoe leiden dat de partijen bij de rechtsbetrekking in een verhouding van concurrentie

51 Van Dunné 2011, p. 118.

52 HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (*Securicor*), HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (*Citronas*), HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 (*ODS/CPS*), Lammers 1999, p. 230 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 527. Deze bronnen noemen de ‘bijzondere relatie’ als relevante factor. Deze verhouding bestaat echter steeds uit een directe feitelijke samenwerking zonder overeenkomst.

53 Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

54 Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 50-52.

55 Smits 1999, p. 65. Vergelijk ook Tjittes 1994, p. 53.

tegenover elkaar komen te staan. Deze concurrentie pleit voor een ruimere opzeggingsbevoegdheid.⁵⁶ Dit voorbeeld laat zien dat ook *het ontbreken* van samenwerking *voor* een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid kan pleiten.

De rol van de factor ‘samenwerking’ blijkt daarnaast uit de *werking* van de redelijkheid en billijkheid. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan aanvullende plichten in leven roepen. Zij kan bijvoorbeeld leiden tot een verplichting tot medewerking.⁵⁷ De factor kan een rol spelen bij het bepalen van de omvang van deze aanvullende plichten. Hoe nauwer de samenwerking, des te groter zijn de aanvullende plichten. Een partij mag er op vertrouwen dat haar wederpartij met wie zij nauw samenwerkt alle noodzakelijke medewerking verleent. Deze verwachting is minder snel gerechtvaardigd ten opzichte van partijen met wie deze samenwerking ontbreekt.

De factor ‘samenwerking’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet geeft een regeling voor verschillende verhoudingen die *sterk* worden gekenmerkt door samenwerking. De maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap zijn overeenkomsten waarbij de partijen zich verbinden tot samenwerking tot een gemeenschappelijk doel.⁵⁸ Ook de vereniging kan worden getypeerd als een samenwerkingsvorm.⁵⁹ Ook de *plicht* tot samenwerking blijkt uit de wet. Art. 6:58 BW verplicht de schuldeiser om mee te werken aan de nakoming van de verbintenis van zijn schuldenaar. Hij komt in verzuim als hij dit niet doet.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De buitenlandse varianten op de redelijkheid en billijkheid, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP* verplichten de partijen bij een overeenkomst tot samen- of medewerking.⁶⁰ Ook concurrentie, of het ontbreken van samenwerking, is relevant.

56 Rb. Zwolle (vzr.) 31 juli 2012, *LJN* BX3142.

57 § 1.3.1.

58 Land/Losecaat Vermeer 1915-1932, p. 382, Jolles 1932, p. 2, Asser/Maeijer 1995 (5-V), nr. 28 en Asser/Van Olffen 2010 (7-VII*), nr. 5-6. De overeenkomst van maatschap is gereld in de artt. 7A:1655-1688 BW. De vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap, gekwalificeerde vormen van de maatschap, zijn geregeld in de artt. 15-34 WvK.

59 Asser/Maeijer 1997 (2-II), nr. 187, Asser/Van Olffen 2010 (7-VII*), nr. 8 en Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 10. Coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zijn ook verenigingen. Zie art 2:53 lid 1 en 2 BW. Vergelijk ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*), nr. 11 en 12 en Asser/Van Olffen 2010 (7-VII*), nr. 12 over de samenwerking in een BV en een NV.

60 De artt. 1:202 PECL, III.-1:104 DCFR en 5.1.3 UP, Hesselink 1994, p. 697, Farnsworth 1995, p. 160, Hesselink 1999, p. 238-247, PECL 2000, p. 121, DCFR 2010, p. 687-689 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 32.

De Franse informatieplichten gelden niet tegenover een wederpartij uit dezelfde branche.⁶¹

De factor 'samenwerking' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factor 'vertrouwensrelatie' besproken in § 5.2.2. De factor 'samenwerking' is te beschouwen als een afgezwakt alternatief voor de factor 'vertrouwensrelatie'. De factor 'samenwerking' verdient de voorkeur als de verhouding slechts beperkt vertrouwelijk is. De factor 'vertrouwensrelatie' is duidelijker bij sterk vertrouwelijke verhoudingen. De factor 'samenwerking' vertoont daarnaast, net als de factor 'vertrouwensrelatie', een overlap met de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'.⁶² Een rechtsbetrekking kan immers tot samenwerking leiden. De factor 'samenwerking' verdient om de in § 5.2.2 besproken redenen de voorkeur.

De factor 'samenwerking' leidt, net als de factor 'vertrouwensrelatie', tot strengere eisen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hoe groter de mate waarin een verhouding door samenwerking wordt beheerst, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid. De Nederlandse literatuur besteedt slechts weinig aandacht aan de invloed van de factor 'samenwerking' op de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶³ De nadruk ligt vaker op de factor 'vertrouwensrelatie'. Dit valt te betreuen. Een beroep op de factor 'samenwerking' verdient de voorkeur als de verhouding slechts beperkt vertrouwelijk is.

5.3 Rechtsbetrekkingen

De rechtsbetrekking tussen de partijen beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit spreekt op het eerste gezicht vanzelf. Een rechtsbetrekking bestaat uit rechten en plichten. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt deze rechten en plichten door aanvulling, beperking en uitleg.⁶⁴ De rechtsbetrekking is het object van de redelijkheid en billijkheid. Zij bepaalt het uitgangspunt. De redelijkheid en billijkheid werkt vanuit dit uitgangspunt.⁶⁵

Hiervan worden wij echter weinig wijzer. Dat de redelijkheid en billijkheid rechtsbetrekkingen beïnvloedt, is immers overbekend. De relevantie

61 Hesselink 1999, p. 266. Zie over de rol van hevige concurrentie ook Brownsword 1999, p. 36.

62 § 5.3.2.

63 Vranken 1997a, p. 22 en Hesselink 1999, p. 247.

64 § 1.3.

65 § 1.6.

van de rechtsbetrekking is hiermee dan ook niet uitgeput. Een rechtsbetrekking is meer dan een verzameling individuele rechten en plichten. Zij is niet zomaar in het leven geroepen. Zij heeft een geschiedenis en een doel. Ieder aspect van de rechtsbetrekking vervult een eigen rol in deze verborgen wereld. De factoren uit deze subcategorie houden zich bezig met deze achterliggende aspecten.

Maar *waarom* beïnvloeden deze aspecten de werking van de redelijkheid en billijkheid? In een ideale situatie komen de verschillende rechten en plichten perfect overeen met de achterliggende aspecten. De 'geest' van de rechtsbetrekking spreekt luid en duidelijk via de individuele rechten en plichten.

Dit is echter niet altijd het geval. De uiteindelijke inhoud van de rechtsbetrekking komt niet in iedere situatie overeen met de achterliggende aspecten. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de nakoming van een verplichting in een concreet geval niet bijdraagt aan het bereiken van haar doel. Het is daarnaast mogelijk dat de tekst van de overeenkomst haar doel en totstandkoming niet goed reflecteert. De interpretatie van de tekst van de overeenkomst leidt in dit geval tot een resultaat dat afwijkt van de wil van de partijen. Deze discrepanties tussen de rechtsbetrekking en de achterliggende aspecten kunnen tot onredelijke resultaten leiden. De redelijkheid en billijkheid kijkt daarom voorbij de rechten en plichten die uit een rechtsbetrekking voortvloeien. Zij eist dat er rekening wordt gehouden met de 'geest' van de rechtsbetrekking.

Ik bespreek verschillende relevante aspecten van de rechtsbetrekking. Ik behandel achtereenvolgens de invloed van de totstandkoming van de rechtsbetrekking (§ 5.3.1), de kenmerken van de rechtsbetrekking (§ 5.3.2) en de kenmerken van een individueel onderdeel van de rechtsbetrekking (§ 5.3.3).

5.3.1 Totstandkoming van de rechtsbetrekking

De wet schrijft voor welke omstandigheden tot de totstandkoming van een rechtsbetrekking leiden. Een overeenkomst komt bijvoorbeeld op grond van art. 6:217 lid 1 BW tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Deze omstandigheden staan echter niet op zichzelf. De totstandkoming van de rechtsbetrekking beïnvloedt de uiteindelijke inhoud van de rechtsbetrekking. Een overeenkomst die tot stand is gekomen na lange onderhandelingen heeft een andere inhoud dan een overeenkomst die tot stand is gekomen door een snelle aanvaarding van een eenzijdig opgesteld document. De totstandkoming helpt bij het doorgronden van de betekenis van de rechtsbetrekking. Het verklaart waarom

de rechtsbetrekking juist nu in juist deze vorm bestaat. De wet verbindt niet noodzakelijk gevolgen aan bepaalde aspecten van de totstandkoming. De redelijkheid en billijkheid vult deze leemte op. De factor 'totstandkoming van de rechtsbetrekking' beïnvloedt daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De invloed van de totstandkoming van een *overeenkomst* komt ruimschoots aan bod in de Nederlandse literatuur en rechtspraak. Ik geef enkele voorbeelden. De wijze waarop een beding tot stand is gekomen en in de overeenkomst is opgenomen, beïnvloedt de eventuele beperking van de gevolgen van dit beding.⁶⁶ De redelijkheid en billijkheid beschermt de door een beding benadeelde partij minder snel als deze bij de totstandkoming betrokken was.⁶⁷ Ook de betrokkenheid van een belangenorganisatie verkleint de bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁸ De redelijkheid en billijkheid pleit op grond van de *contra proferentem*-regel voor de uitleg van een eenzijdig opgesteld beding in het nadeel van de opsteller.⁶⁹

Uitgebreide onderhandelingen stellen de partijen in staat om te komen tot een nauwkeurige en gedetailleerde formulering van de overeenkomst. Dit verkleint de rol van de redelijkheid en billijkheid. Uitgebreide onderhandelingen pleiten voor een taalkundige uitleg en tegen de

66 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (*De Boer/Wittenberg*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*), HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*), Rijken 1983, p. 146-154 en Tjittes 1994, p. 5.

67 Rijken 1983, p. 146-148.

68 Bloembergen 1969, p. 361, Rijken 1983, p. 146-148, Tjittes 1994, p. 5 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 482. Deze belangenorganisatie hoeft niet noodzakelijk de belangen van één van de partijen te vertegenwoordigen. Zie bijvoorbeeld HR 3 februari 2012, NJ 2012, 261 (*Dix q.q./ING*). De omstandigheid dat een beding in de algemene voorwaarden gelijklopend is aan het beding in de algemene bankvoorwaarden pleit tegen de vernietigbaarheid van het beding op grond van art. 6:233 sub a BW. De bankvoorwaarden zijn opgesteld in overleg met de consumentenbond. De wederpartij van de bank was echter een professionele partij. De invloed van de betrokkenheid van een belangenorganisatie dient echter niet te worden overschat. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 17 april 2012, NJF 2012, 358 (*Bouwfonds Ontwikkeling/X*). Het Hof oordeelde dat een arbitragebeding oneerlijk was in de zin van art. 6:233 sub a BW. Onderhandelingen met consumentenorganisaties maakten dit niet anders. Art. 6:233 sub a BW is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

69 HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (*Brackel/Atlantische Unie van Verzekeringen*), HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (*Kroymans/Sun Alliance*), HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258 (*Pieterse/Nationale-Nederlanden*), Meijers 1921, p. 154 en Jansen 2012b, p. 20. Zie ook § 2.3.1.

beperking van de gevolgen van de overeenkomst.⁷⁰ Onderhandelingen leiden overigens niet altijd tot een kleinere rol voor de redelijkheid en billijkheid. Door de onderhandelingen kunnen omstandigheden ontstaan die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Onderhandelingen scheppen verwachtingen en onthullen de bedoeling van de partijen. Deze omstandigheden ontbreken als de partijen niet onderhandelen over (een beding in) de overeenkomst. Bij gebreke van andere omstandigheden dient de overeenkomst taalkundig te worden uitgelegd.⁷¹ Een overeenkomst kan bestemd zijn om de rechten en plichten te beïnvloeden van derden die niet bij de totstandkoming zijn betrokken. Deze omstandigheid pleit voor een taalkundige uitleg van de overeenkomst.⁷² Het overnemen van de bewoordingen van een standaardcontract in een individuele overeenkomst leidt dan weer niet, of tenminste niet automatisch, tot een taalkundige uitleg.⁷³

De vorm waarin de overeenkomst is vastgelegd, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een overeenkomst kan gedetailleerd zijn en/of schriftelijk zijn vastgelegd. Dit pleit voor een taalkundige uitleg van deze overeenkomst.⁷⁴ De relevantie van de factor blijkt ten slotte uit de wet. Een beding in de algemene voorwaarden is vernietigbaar als de gebruiker de wederpartij bij de totstandkoming van de overeenkomst geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om kennis te nemen van de algemene voorwaarden.⁷⁵ De totstandkoming van de

70 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), Raaijmakers 2005, p. 128, Hartman Kok 2007, p. 163-164, Tjittes 2007b, p. 420, Schelhaas 2008, p. 159, Van Rossum 2011a, p. 24, Bakker 2012, p. 69, Wissink 2012a, p. 29 en Wissink 2012b, p. 42-43. Vergelijk ook Smits 1995, p. 269.

71 Tjittes 2007b, p. 419 en Schelhaas 2008, p. 160. Zie ook § 1.6.

72 HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (*Gerritse/Hydro Agri*), HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 (*NBA Management/Stichting Meerhuysen*), Hartman Kok 2007, p. 163, Tjittes 2009, p. 16, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 372 en 374, Jansen 2011, p. 45 en Bakker 2012, p. 58.

73 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496 (*Hoever/Van Dijk*).

74 HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (*Wessanen/Nutricia*), HR 23 december 2005, NJ 2010, 62 (*De Rooij/Van Olphen*), HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*), Hartman Kok 2007, p. 163, Tjittes 2007b, p. 420, Schelhaas 2008, p. 159 en Bakker 2012, p. 69.

75 Zie de art. 6:233 sub b en 234 BW. Deze artikelen zijn, gelet op de woorden 'redelijke' en 'redelijkerwijs', in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:233 BW is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

voorwaarden beïnvloedt bovendien het antwoord op de vraag of een beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is.⁷⁶

De literatuur en de jurisprudentie besteden veel aandacht aan de invloed van de totstandkoming van een *overeenkomst*. De invloed van de totstandkoming van *andere rechtsbetrekkingen* krijgt nauwelijks aandacht. Dit is niet vreemd. Juist bij de totstandkoming van een overeenkomst kan er een discrepantie ontstaan tussen de uiteindelijke overeenkomst en de verborgen achterliggende geschiedenis. Verschillende omstandigheden beïnvloeden de totstandkoming van een overeenkomst. De wet geeft slechts enkele van deze omstandigheden een rol. De overige aspecten van de totstandkoming beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De totstandkoming van andere privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen is minder complex. Zij is bovendien in veel gevallen slechts afhankelijk van één partij. Dit verkleint de kans op een discrepantie tussen de uiteindelijke rechtsbetrekking en de achterliggende geschiedenis. Toch is een discrepantie, en dus een rol voor de factor 'totstandkoming van de rechtsbetrekking', niet ondenkbaar. Ook een eenzijdige rechtshandeling kan tot stand komen na contact of onderhandelingen met belanghebbenden. Een erflater kan er bijvoorbeeld voor kiezen om voor de opstelling van zijn testament te overleggen met zijn potentiële erfgenamen. Bij de totstandkoming van een rechtshandeling kan een partij gerechtvaardigd vertrouwen opwekken. De artt. 3:35 en 36 BW beschermen dit vertrouwen.⁷⁷

De factor 'totstandkoming van de rechtsbetrekking' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een rechtshandeling is op grond van art. 3:44 lid 1 BW vernietigbaar als zij door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. De totstandkoming beïnvloedt daarnaast het antwoord op de vraag of een partij haar wederpartij op grond van art. 3:44 lid 4 BW had behoren te weerhouden van het verrichten van een rechtshandeling. Grote tijdsdruk bij de totstandkoming van een overeenkomst kan tegen deze verplichting pleiten.⁷⁸ De elektronische totstandkoming van een overeenkomst leidt

76 Art. 6:233 sub a BW. Dit artikel is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

77 Deze artikelen zijn, gelet op het woord 'redelijkerwijze', in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.

78 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JOR 2011, 321 (VEB/Nederland).

ten slotte op grond van art. 6:227b BW tot extra informatieverplichtingen voor de partij die een dienst in de zin van art. 3:15d lid 3 BW aanbiedt.

De factor speelt ook een rol in andere rechtssstelsels. De onderhandelingen en de andere omstandigheden waarin de overeenkomst is gesloten, beïnvloeden de uitleg van de overeenkomst in verschillende rechtssstelsels, de *PECL* en het *DCFR*.⁷⁹ De onderhandelingen beïnvloeden de uitleg daarnaast in de *UP*.⁸⁰ Ook de *contra proferentem*-regel speelt een rol in verschillende rechtssstelsels, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP*.⁸¹ Een overeenkomst kan in meer talen zijn opgesteld. Deze versies kunnen gelijke autoriteit hebben. De vraag rijst welke versie voorrang heeft als er een discrepantie tussen de versies bestaat. De artt. 5:107 *PECL*, II.-8:107 *DCFR* en 4.7 *UP* geven voorrang aan de versie in de taal waarin de overeenkomst oorspronkelijk is opgesteld.

Ook het recht van de Europese Unie verbindt gevolgen aan de totstandkoming van de rechtsbetrekking. Art. 6:227b BW is een implementatie van Richtlijn 2000/31/EG (elektronische handel). Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) geeft daarnaast speciale regels ten aanzien van bedingen waarover niet individueel is onderhandeld.

De factor 'totstandkoming van de rechtsbetrekking' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'in Nederland levende rechtsovertuigingen' en 'gedragingen van derden' besproken in de §§ 2.3.1 en 3.3.

De factor 'totstandkoming van de rechtsbetrekking' vertoont daarnaast een overlap met de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'afhankelijkheid' en 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging'.⁸² Afhankelijkheid, beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging en ongelijke onderhandelingsposities kunnen verklaren waarom een overeenkomst op een bepaalde manier tot stand is gekomen.

79 De artt. 5:102 (a) *PECL* en II.-8:102 (1) (a) *DCFR*, *PECL* 2000, p. 293 en *DCFR* 2010, p. 563-564.

80 Art. 4.3 (a) *UP*.

81 De artt. 5:103 *PECL*, II.-8:103 (1) *DCFR* en 4.6 *UP*, *PECL* 2000, p. 294, *DCFR* 2010, p. 565-566 en Canaris & Grigoleit 2011, p. 608-610. Het Engelse recht kent een afwijkende *contra proferentem*-regel. Het antwoord op de vraag welke partij een beroep doet op het beding en het antwoord op de vraag welke partij het beding heeft opgesteld zijn beide van belang bij de toepassing van deze regel. Vergelijk McMeel 2011, nr. 1.160, 8.04-8.15. Zie over de verschillende *contra proferentem*-regels ook Hijma 1999, p. 462-464.

82 De §§ 4.7, 5.2.1 en 7.2.3.

Een beroep op de factor ‘afhankelijkheid’ verdient om de in § 5.2.1 besproken redenen niet de voorkeur. Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ of de factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ verdient de voorkeur. Een beroep op deze factoren is directer. De mogelijkheden tot belangenbehartiging zijn de uiteindelijke oorzaak van de rechtsbetrekking. Deze mogelijkheden beïnvloeden en verklaren de totstandkoming van de overeenkomst. Een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ of ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ is ook duidelijker. Deze factoren verduidelijken dat de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval niet afhankelijk is van allerlei feitelijke toevalligheden bij de totstandkoming van de overeenkomst. Zij is afhankelijk van de partijen en hun mogelijkheden tot belangenbehartiging.

De totstandkoming van de rechtsbetrekking is afhankelijk van verschillende omstandigheden. Het is mogelijk om al deze omstandigheden te scharen onder de factor ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’. Dit verdient echter niet de voorkeur. De invloed van sommige omstandigheden laat zich beter verklaren door andere factoren. Dit geldt echter niet voor alle omstandigheden. Omstandigheden als de uitgebreidheid van de onderhandelingen, de vorm en omvang van de overeenkomst en de betrokkenheid bij de totstandkoming zien direct op de totstandkoming van de rechtsbetrekking en laten zich niet duidelijk vangen door andere factoren. De factor ‘totstandkoming van de rechtsbetrekking’ heeft daarom zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

5.3.2 Kenmerken van de rechtsbetrekking

Een rechtsbetrekking is meer dan een verzameling rechten en plichten. Zij bezit eigenschappen die niet noodzakelijk blijken uit de individuele rechten en plichten. Deze kenmerken beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik behandel in deze paragraaf de relevante kenmerken van de rechtsbetrekking, de overeenkomst en de rechtshandeling *als geheel*. Ik behandel de kenmerken van de individuele componenten van deze rechtsbetrekkingen, overeenkomsten en rechtshandelingen in § 5.3.3.

De wetgever verwijst in verschillende artikelen naar ‘de aard van de overeenkomst’.⁸³ Maar wat is de aard van de overeenkomst eigenlijk? Waar is hij van afhankelijk? De ‘aard’, of de natuur, het wezen of het karakter,⁸⁴ is in de eerste plaats afhankelijk van de *inhoud* van de overeenkomst. Een overeenkomst waarbij een partij een onderdeel van haar vermogen om niet aan haar wederpartij geeft, is naar haar aard een schenkingsovereenkomst. Er bestaat dan ook geen tegenstelling tussen de ‘aard’ en ‘inhoud’ van een overeenkomst.⁸⁵ Beide begrippen verwijzen naar dezelfde omstandigheid: de gehele overeenkomst.

Toch overlappen de inhoud en de aard van de overeenkomst elkaar niet volledig. De aard van de overeenkomst kan ook in verband worden gebracht met de strekking of het doel van de overeenkomst.⁸⁶ Ook het doel en de strekking van de overeenkomst beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De inhoud van de overeenkomst beïnvloedt haar aard. Dit betekent echter niet dat de aard iedere inhoudelijke nuance nauwkeurig reflecteert. Ook deze subtielere nuances beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De verschillende onderdelen van een rechtsbetrekking staan niet op zichzelf. Een bepaald aspect kan beter worden begrepen door te letten op een ander onderdeel of op de gehele overeenkomst. De redelijkheid en billijkheid houdt rekening met deze interne samenhang.

Een enkel beroep op de aard van de overeenkomst kan worden geïnterpreteerd als een beroep op verschillende kenmerken van deze overeenkomst. Een overeenkomst heeft zelden slechts één duidelijke aard. Een overeenkomst waarin de ene partij verplicht is tot het betalen van een geldsom en de andere partij verplicht is tot het overdragen van het eigendom van een kilo graan is naar haar aard een koopovereenkomst. Verplichten de partijen zich tot het periodiek kopen en verkopen van een kilo graan, dan is de overeenkomst naar haar aard tevens een duurovereenkomst. De overeenkomst is bovendien wederkerig. Mendel verwijst zelfs naar negen mogelijke ‘aarden’ van een verzekeringsovereenkomst.⁸⁷ Daarnaast oefenen ook aspecten die de aard van de overeenkomst niet direct bepalen invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

83 Zie bijvoorbeeld de artt. 6:213 lid 2, 215, 228 lid 2, 229, 233 sub a, 248 lid 1, 258 lid 2 en 279 lid 1 en 7:400 lid 2, 424 lid 1, 661 lid 1, 763 en 932 lid 1 BW, 12 lid 2 Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden en 3 Wet op de naburige rechten.

84 HR 8 juni 1962, NJ 1962, 366 (*Tilkema's duim*) en Mendel 2003, p. 2 en 4.

85 HR 20 juni 1930, NJ 1930, 1539 (*Van der Heijden/Hanzebank*) en Mendel 2003, p. 5.

86 HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 (*Ansink/Canjels*) en Mendel 2003, p. 5.

87 Mendel 2003, p. 3.

Deze factor 'aard van de rechtsbetrekking' noemen zou dan ook onnauwkeurig zijn. De naam 'kenmerken van de rechtsbetrekking' dekt de lading beter.⁸⁸

De literatuur en de jurisprudentie besteden veel aandacht aan de rol van de aard van de *overeenkomst*. De invloed van de kenmerken van andere rechtsbetrekkingen krijgt minder aandacht. Dit is niet vreemd. Juist bij een overeenkomst kan er een discrepantie ontstaan tussen de inhoud van de overeenkomst en haar verborgen kenmerken.⁸⁹ De invloed van deze factor is echter niet beperkt tot rechtsbetrekkingen die voortvloeien uit een overeenkomst. Alle rechtsbetrekkingen hebben relevante kenmerken. Ook de rechten en plichten die uit een andere bron voortvloeien, hebben een strekking. Ook andere rechtshandelingen hebben een doel. Bovendien kan een rechtsbetrekking tussen twee partijen bestaan uit meer dan een enkele overeenkomst. De invloed van de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' is afhankelijk van de hele rechtsbetrekking, ook als deze uit verschillende bronnen voortvloeit.

De factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' dekt een grote verscheidenheid aan kenmerken. Is het niet beter om de verschillende kenmerken als aparte factoren te behandelen? Een aparte behandeling van de verschillende kenmerken is mogelijk. Toch verdient zij in het kader van de in dit onderzoek gevolgde methode niet de voorkeur. De verschillende kenmerken overlappen elkaar in grote mate.

Ik geef enkele voorbeelden. De aard van de overeenkomst kan zowel met haar inhoud als met haar strekking in verband worden gebracht.⁹⁰ Een beroep op de inhoud van de overeenkomst kan worden geïnterpreteerd als een beroep op de aardbepalende inhoud. Het beroep kan echter ook worden geïnterpreteerd als een beroep op de overige inhoud van de overeenkomst in het licht waarvan een bepaald beding moet worden uitgelegd. De strekking van een overeenkomst is bovendien afhankelijk van haar samenhang met een andere overeenkomst. Een overeenkomst die de *strekking heeft voort te bouwen op een bestaande rechtsverhouding* is op grond van art. 6:229 BW vernietigbaar als de eerdere rechtsverhouding ontbreekt. De *aard* van de overeenkomst kan deze vernietigbaarheid dan weer beperken.

De literatuur en de jurisprudentie maken niet altijd een onderscheid tussen de verschillende aspecten. Dit blijkt duidelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Uit verschillende arresten van de Hoge Raad blijkt dat

88 Vergelijk ook Mendel 2003, p. 4-5.

89 Zie ook § 5.3.1.

90 Vergelijk Mendel 2003, p. 5.

de aard *en* de inhoud van de overeenkomst de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.⁹¹ Een beroep op deze ‘omstandigheid’ kan als een beroep op elk van de hierboven beschreven kenmerken worden geïnterpreteerd.

De factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Onder de factor valt een grote verscheidenheid aan kenmerken. Ik geef daarom meer voorbeelden dan gebruikelijk. De invloed van de aard van de overeenkomst blijkt in de eerste plaats uit de wet. Een overeenkomst heeft op grond van art. 6:248 lid 1 BW de rechtsgevolgen die, *naar* de aard van de overeenkomst, *uit* de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. De aard van de overeenkomst is dus een omstandigheid waarmee rekening moet worden gehouden *bij* het bepalen van de rechtsgevolgen die voortvloeien uit de andere bronnen. De aard is *geen* zelfstandige bron van rechtsgevolgen.⁹²

De aard van een overeenkomst beïnvloedt de toepasselijkheid van wettelijke bepalingen. De kwalificatie van een overeenkomst als koopovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot de toepasselijkheid van titel 7.1 BW. Deze toepasselijkheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De titel bevat immers verschillende preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.⁹³ De aanvullende wettelijke bepalingen leiden bovendien tot een gedetailleerdere rechtsbetrekking. Zij vullen de partijafspraken aan. Zij verkleinen hiermee de rol van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De aard van de overeenkomst beïnvloedt niet alleen de toepasselijkheid van wetsbepalingen. Ook de toepasselijkheid van andere normen kan afhankelijk zijn van de aard van de overeenkomst. De verkeersopvattingen over koopovereenkomsten zijn slechts van toepassing als de overeenkomst als een koopovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Deze verkeersopvattingen beïnvloeden vervolgens de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹⁴

91 Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*), HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*) en Mendel 2003, p. 5.

92 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 919-920 (T.M.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 386.

93 Zie de artt. 7:6 lid 2 (‘onredelijk’), 7 lid 1 (‘redelijkerwijze’), 10 lid 4, 20, 21 lid 1 sub b (steeds ‘redelijkerwijs’) en c (‘redelijkerwijze’), 3 en 6 (beide ‘redelijke’), 23 lid 1 (‘redelijkerwijs’), 25 lid 1, 29 lid 1 (beide ‘redelijkheid’) en 2, 30 (beide ‘onredelijke’), 36 lid 2 (‘redelijkerwijs’), 37 (‘redelijk’), 40 lid 1 (‘redelijke’) en 42 lid 1 BW (‘redelijkerwijs’). Zie § 1.2.3 over deze preciseringen.

94 § 2.3.2.

De aard van de borgtochtovereenkomst brengt met zich dat de schuldeiser de borg kan aanspreken, ook als de hoofdverbintenis door het faillissement van de hoofdschuldenaar teniet gaat. Een borgtochtovereenkomst dient er immers toe om de schuldeiser te beschermen tegen de gevolgen van insolventie of wanbetaling van de hoofdschuldenaar.⁹⁵ De ingewikkeldheid van een overeenkomst beïnvloedt de omvang van de mededelings-⁹⁶ en zorgplichten.⁹⁷

De aard van de overeenkomst beïnvloedt het antwoord op de vraag of (een beroep op) een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁹⁸ Een dergelijke clausule is eerder onaanvaardbaar als zij de hoofdverplichting uitholt of als zij in overeenkomsten met dezelfde aard ongebruikelijk en/of niet te verwachten is.⁹⁹ Ook de overige inhoud van de overeenkomst is van belang. Een exoneratieclausule is nadelig voor de wederpartij van de exonererende partij. Is dit nadelige karakter op een andere plaats in de overeenkomst gecompenseerd? Of gaat het juist gepaard met andere nadelige bedingen?¹⁰⁰ De gevolgen van een exoneratieclausule zijn dan ook minder snel onaanvaardbaar bij een overeenkomst om niet.¹⁰¹ De redelijkheid en billijkheid beschermt de partij in een voor haar belangenloze rechtsbetrekking ook op andere manieren. Zo pleiten een overeenkomst om niet en een belangenloze zaakwaarneming voor matiging op grond van art. 6:109 lid 1 BW.¹⁰²

De factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' beïnvloedt de uitleg van een overeenkomst. Een (beding in de) overeenkomst moet worden

95 HR 14 juni 1929, NJ 1929, 1483 (*X/De Crediet-, Deposito- en Effectenbank*).

96 Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 59, Smits 1999, p. 65 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 232. Dergelijke plichten kunnen onder andere ontstaan in het kader van dwaling, een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

97 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*), Knigge & Bakker 2011, p. 54 en Bierens 2013, p. 22. Zie over zorgplichten en de aard van de overeenkomst ook HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*) en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95 (*Rabobank/X*).

98 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

99 Rijken 1983, p. 48, 165 en 168.

100 Bloembergen 1969, p. 360, Rijken 1983, p. 169 en Mendel 2000, p. 139.

101 § 7.3.1.

102 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 419 (Handelingen II), Maeijer 1962, p. 141, Wessels 1994, p. 12, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 85 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 181 en 183. Matiging is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

uitgelegd in het licht van de hele overeenkomst¹⁰³ en in het licht van het doel van de overeenkomst.¹⁰⁴ Een notariële akte wordt uitgelegd in het licht van de gehele akte.¹⁰⁵ De uitleg van de overeenkomst kan ten slotte in de overeenkomst zelf worden gereguleerd, bijvoorbeeld door ‘*entire agreement*’ clausules, definitie-, werkingssfeer- en uitlegbepalingen.¹⁰⁶

De aard van de rechtshandeling beïnvloedt de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen op grond van de artt. 3:35 en 36 BW.¹⁰⁷ De omstandigheid dat de verklaring niet is gericht tot de vertrouwende partij, pleit tegen het beschermen van het vertrouwen.¹⁰⁸ De aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering is een ‘uitsluitende bevoegdheid’ van de verzekeringnemer en heeft daarom een ‘eenzijdig karakter’. Het eenzijdige karakter pleit voor een uitleg in overeenstemming met de wil van de aanwijzende verzekeringnemer.¹⁰⁹

Ook de kenmerken van ‘publiekrechtelijke’ overeenkomsten beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De definitie van een publiekrechtelijke overeenkomst luidt niet steeds hetzelfde.¹¹⁰ Steeds is er

-
- 103 HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (*Kluft/B. en W. Supermarkten*), HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (*Gerritse/Hydro Agri*), HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), HR 2 april 2004, NJ 2005, 495 (*Arriva/Uppenkamp*), HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (*Wessanen/Nutricia*), HR 23 december 2005, NJ 2010, 62 (*De Rooij/Van Olphen*), HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 (*NBA Management/Stichting Meerhuysen*), HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 546 (*Van Ens/ABP*), HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142 (*ROM/Vector*) en Tjittes 2009, p. 34-35. Zie ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920 (T.M.) over de invloed van de aard van de overeenkomst.
- 104 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (*Steinbusch/Van Alphen*) en HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258 (*Pieterse/Nationale-Nederlanden*). Zie daarnaast HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (*Bunde/Erckens I*).
- 105 HR 22 april 1994, NJ 1995, 560 (*Bouwmeester/Van Leeuwen*), HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 (*Eelder Woningbouw/Van Kammen*), HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (*Teijssen/Marcus*), HR 2 december 2005, NJ 2007, 5 (*WE Vastgoed/Henselmans*) en Milo 2009, p. 98.
- 106 Zie uitgebreider Tjittes 2007b, p. 421-422, Schelhaas 2008, p. 152-153, Tjittes 2009, p. 85-93, Bakker 2011, p. 509-510, Bakker 2012, p. 82-84, Wissink 2012a, p. 30 en Wissink 2012b, p. 50. Zie HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/PontMeyer*) en Hof Arnhem 14 februari 2012, JOR 2012, 138 (*MyPoint/IPG*) over een ‘*entire agreement*’ clausule en HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142 (*ROM/Vector*) over een werkingssfeerbepaling.
- 107 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 167 (N.v.W.) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134. De artt. 3:35 en 36 BW zijn, gelet op het woord ‘redelijkerwijze’, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.
- 108 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 161. Vergelijk Spierings 2012, p. 90. Het ongerichte karakter van een verklaring op grond van art. 2:403 BW pleit volgens Spierings voor een objectieve uitleg van deze rechtshandeling.
- 109 HR 21 september 2012, *RvdW* 2012, 1133.
- 110 Vergelijk bijvoorbeeld Kluin 1994, p. 1-2 (over ‘overheidsovereenkomsten’) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 36.

echter ten minste één partij een ‘overheid’.¹¹¹ De overeenkomst heeft daarnaast een publiekrechtelijk karakter of wordt gesloten ter uitvoering van een overheidstaak. De kenmerken van een dergelijke overeenkomst beïnvloeden het antwoord op de vraag of een overeenkomst op grond van art. 6:258 BW moet worden gewijzigd.¹¹²

Een overeenkomst kan gerelateerd zijn aan een andere overeenkomst. Ook dit kenmerk beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De verhouding tussen twee overeenkomsten beïnvloedt de uitleg van deze overeenkomsten.¹¹³ De uitleg van een begrip in een eerdere overeenkomst kan bijvoorbeeld de uitleg van hetzelfde begrip in een latere overeenkomst beïnvloeden.¹¹⁴ Er kan een nauwe samenhang bestaan tussen verschillende overeenkomsten, ook als deze niet steeds door dezelfde partijen zijn gesloten. De tekortkoming van een verplichting uit één van deze overeenkomsten kan de ontbinding of opschorting van de andere overeenkomst rechtvaardigen.¹¹⁵

Ook goederenrechtelijke rechten kunnen een voor de redelijkheid en billijkheid relevante samenhang vertonen. Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om eerst de uitoefening van een erfdienstbaarheid ten laste van het eigen erf onmogelijk te maken en vervolgens te eisen dat de uitoefening van de *spiegelbeeldige* erfdienstbaarheid ten bate van het eigen erf wel mogelijk blijft.¹¹⁶

De factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De wet verwijst op verschillende plekken naar de aard van de overeenkomst.¹¹⁷ Daarnaast pleit de samenhang tussen een koopovereenkomst en een financieringsovereenkomst voor de uitbreiding van de bescherming van art. 7:28 BW. De samenhang kan ertoe leiden dat zowel de vordering tot betaling van de koopprijs als de vordering tot aflossing van de financiering na twee jaar verjaart.¹¹⁸ Een

111 Zie § 4.3 over het begrip ‘overheid’.

112 HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (*Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein*).

113 HR 10 juli 2009, NJ 2010, 496 (*Consumentenbond/Interkeukengilde*).

114 Tjittes 2009, p. 35.

115 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (*Jans/FCN*), HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 (*Meissner/Arenda*), HR 20 januari 2012, NJ 2012, 60 (*AgfaPhoto/Foto Noort*), HR 3 februari 2012, NJ 2012, 91 (*Eurelco/Naeije*) en Zipprow 2012a, p. 101-102 en 105. Ontbinding en opschorting zijn in § 1.2.4 beschreven kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

116 HR 2 december 2005, NJ 2007, 5 (*WE Vastgoed/Henselmans*).

117 Zie noot 83.

118 HR 10 augustus 2012, NJ 2012, 486 (*Pocorni/Defam*).

rechtshandeling kan ten slotte op grond van haar strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde.¹¹⁹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De aard en het doel van een overeenkomst beïnvloeden haar uitleg. Deze kenmerken kunnen daarnaast leiden tot het aannemen van *'implied terms'*. Een beding moet bovendien worden uitgelegd in het licht van de hele overeenkomst. Deze regels gelden in verschillende Europese rechtsstelsels, de PECL, het DCFR en de UP.¹²⁰ De andere bedingen in de overeenkomst beïnvloeden de eventuele onredelijkheid van een beding in de algemene voorwaarde in de PECL. Het DCFR en art. 4 Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) besteden daarnaast aandacht aan gerelateerde overeenkomsten.¹²¹

De factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'verkeersopvattingen', 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' en 'kennis van een concreet feit' besproken in de §§ 2.3.2, 3.4 en 4.5. Ik bespreek de overlap met de factor 'belangen van derden' in § 6.3.

De aard van de rechtsbetrekking vestigt de aandacht op een bepaalde omstandigheid. Ook een beroep op een andere factor kan de invloed en relevantie van deze omstandigheid verklaren. Ik geef enkele voorbeelden. De partijen bij een rechtsbetrekking kunnen over en weer verplichtingen hebben. Het is echter ook mogelijk dat slechts één van de partijen een verplichting heeft. De aard van de betrekking is in dit geval 'wederkerig' of juist 'eenzijdig' of 'om niet'. De eventuele wederkerigheid van een rechtsbetrekking verduidelijkt niet alleen de invloed van de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Het verduidelijkt ook of er sprake is van enige vorm van evenwicht tussen de verschillende prestaties. De factor vertoont in dit geval een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.¹²²

De hoedanigheid van de partijen beïnvloedt de aard van de overeenkomst. Een overeenkomst tussen een professionele partij en een

119 Art. 3:40 lid 1 BW. Zie hierover ook *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 (T.M.), Petit 1920, p. 75-76 en 79-81, Suijling 1934, p. 111-113, Van den Brink 2002, p. 208, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 333, Van den Brink 2012c, p. 327 en Kemp 2012, p. 25.

120 De artt. 5:102 (c) en 105 en 6:102 (b) PECL, II.-8:102 (e) en 105 en 9:101 (2) (a) DCFR en 4.3 (d), 4 en 8 (2) (b) UP, PECL 2000, p. 293, 296 en 305, DCFR 2010, p. 563, 568-569 en 580-581 en McMeel 2011, nr. 1.70-1.73, 1.156, 1.158 en 4.04.

121 De artt. 4:110 (1) PECL en II.-9:407 (1) DCFR.

122 § 7.3.1.

particulier is bijvoorbeeld een ‘consumentenovereenkomst’.¹²³ De factor vertoont in dit geval een overlap met de factoren ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ en ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’.¹²⁴ Een overeenkomst kan door een overheid ter behartiging van publiekrechtelijke belangen worden gesloten. Deze overeenkomst kan een publiekrechtelijke overeenkomst zijn. De factor vertoont in dit geval een overlap met de factoren ‘overheid’ en ‘publiekrechtelijke belangen’.¹²⁵

Een beroep op de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’ verdient in deze gevallen niet de voorkeur. Een beroep op de aard van de rechtsbetrekking is niet direct. Een rechtsbetrekking is wederkerig, een consumentenovereenkomst of een publiekrechtelijke overeenkomst *omdat* er over en weer verplichtingen bestaan, *omdat* de ene partij een particulier is en de andere een professionele partij en *omdat* één van de partijen een overheid is en er publiekrechtelijke belangen in het spel zijn. Het omgekeerde geldt niet. De aard van de rechtsbetrekking beïnvloedt de rol van de andere factoren niet. De andere factoren beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid ook als ze geen invloed hebben op de aard van de rechtsbetrekking.

Een beroep op de aard van de rechtsbetrekking is daarnaast onduidelijk. Een rechtsbetrekking kan verschillende ‘aarden’ hebben. Een enkel beroep op de aard van de rechtsbetrekking verduidelijkt niet welk kenmerk de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval beïnvloedt.¹²⁶ Dit probleem kan worden verholpen door te verduidelijken welke aard in het concrete geval relevant is. Ook na een dergelijke verduidelijking verdient een beroep op de aard van de rechtsbetrekking echter niet de voorkeur. Een rechtsbetrekking heeft een bepaalde aard of zij heeft hem niet. Een overeenkomst is niet ‘een beetje’ koopovereenkomst. Zij is een koopovereenkomst of zij is het niet: tussenvormen zijn moeilijker voorstelbaar.

De invloed van de aard van een ‘tussenvorm’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid is bovendien onduidelijk. Welke invloed heeft de aard van een overeenkomst die ‘een beetje’ koopovereenkomst is? Welke kenmerken van de koopovereenkomsten bezit de overeenkomst wel en welke bezit zij niet? Of bezit zij soms alle kenmerken ‘een beetje’? Een beroep op de achterliggende factoren is duidelijker.

123 Vergelijk Smits 1995, p. 256 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 386.

124 De §§ 4.2 en 7.2.1.

125 De §§ 4.3 en 6.4.2.

126 Mendel 2003, p. 1-10, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 29 en Tjittes 2009, p. 36 en 61.

De relevantie van de aard van de rechtsbetrekking is afhankelijk van een ‘alles of niets benadering’. Dit verdraagt zich slecht met de werking van de redelijkheid en billijkheid. De werking van de redelijkheid en billijkheid is immers niet afhankelijk van een bepaalde *kwalificatie*, zij is afhankelijk van *de mate waarin* een bepaalde omstandigheid aanwezig is.¹²⁷

De kwalificatie van de rechtsbetrekking kan daarnaast misleidend zijn. Een rechtsbetrekking bevat niet noodzakelijk alle kenmerken die men bij een overeenkomst van een bepaalde aard verwacht. De ‘eenzijdigheid’ van een overeenkomst suggereert bijvoorbeeld dat de rechtsbetrekking vooral het belang van één van de partijen dient. Dit is echter niet noodzakelijk. Een eenzijdige overeenkomst kan wel degelijk in het belang van beide partijen zijn aangegaan. Er kan bijvoorbeeld een voorwaarde aan de prestatie zijn verbonden.¹²⁸ De eenzijdige overeenkomst kan daarnaast samenhangen met een andere overeenkomst. De andere overeenkomst kan de andere partij bevoordelen.

Overigens zijn ook deze bezwaren met enige creativiteit te omzeilen. Een overeenkomst kan bijvoorbeeld niet alleen ‘eenzijdig’ of ‘wederkerig’ zijn. Zij kan ook ‘evenwichtig’, ‘ongelijk’ of ‘grof onevenredig’ zijn. Deze benadering verkleint de bezwaren, maar lost hen niet op. Waar ligt bijvoorbeeld de grens tussen ‘ongelijk’ en ‘grof onevenredig’? De benadering is bovendien gekunsteld. Het is mogelijk om een relevante ‘aard’ te verzinnen bij iedere werking van de redelijkheid en billijkheid. De benadering leidt tot allerlei verzonnen ‘aarden’ die slechts in een beperkt aantal gevallen relevant zijn.¹²⁹ Deze problemen bestaan niet bij een beroep op de achterliggende omstandigheden.

De ‘aard van de rechtsbetrekking’ is niet geschikt om iedere werking van de redelijkheid en billijkheid te verklaren. Andere factoren kunnen de relevantie van de achterliggende omstandigheden in veel gevallen beter verklaren. In sommige gevallen verdient een beroep op de ‘aard van de rechtsbetrekking’ *wel* de voorkeur. De aard van de rechtsbetrekking beïnvloedt de toepasselijkheid van normen. Ik heb hierboven beschreven hoe dit de werking van de redelijkheid en billijkheid kan beïnvloeden. De aard van de overeenkomst is afhankelijk van verschillende omstandigheden. De normen zijn echter pas van toepassing als deze omstandigheden leiden tot de kwalificatie van de overeenkomst. De kwalificatie van de overeenkomst is een noodzakelijke tussenstap. Zij

127 Zie uitgebreider § 8.3.5.

128 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 85.

129 Vergelijk de §§ 1.4.1.1 en 1.4.1.2.

vervult een vertalende rol. Zij verklaart waarom de achterliggende omstandigheden leiden tot de toepasselijkheid van de normen. Een beroep op de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' dient daarom in een dergelijk geval niet te ontbreken.

De rollen van kenmerken als het doel van de overeenkomst of rechtsbetrekking, de verhouding van een overeenkomst tot een andere overeenkomst en de interne samenhang binnen een overeenkomst laten zich niet gemakkelijk vangen door andere factoren. Het zijn typische aspecten van de 'verborgen wereld' achter de rechtsbetrekking.¹³⁰ Een verduidelijking van de rol van deze kenmerken blijft van belang. Een enkel beroep op het doel van de overeenkomst is evenmin duidelijk als een beroep op de aard van de overeenkomst. Het beroep vereist een omschrijving van het doel in het concrete geval.

De factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' is niet geschikt om iedere werking van de redelijkheid en billijkheid te verklaren. De factor oefent echter wel degelijk zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De relevantie van verschillende kenmerken laat zich niet gemakkelijk beschrijven door andere factoren. De kwalificatie van een overeenkomst verduidelijkt bovendien welke normen van toepassing zijn.

5.3.3 *Kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking*

De kenmerken van een rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik heb de kenmerken van de rechtsbetrekking 'als geheel' besproken in § 5.3.2. De kenmerken zijn echter niet noodzakelijk verbonden aan de hele rechtsbetrekking. Een overeenkomst of een rechtshandeling kan verschillende bedingen bevatten. Een rechtsbetrekking, of deze nu uit een overeenkomst of uit een andere bron voortvloeit, bestaat uit rechten en plichten. Ook deze individuele bedingen, rechten en plichten bezitten relevante eigenschappen. Zij hebben een aard, een strekking en een doel. Deze paragraaf behandelt de relevante kenmerken van deze individuele onderdelen.

De grens tussen deze factor en de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' is niet altijd even duidelijk. Het onderscheid tussen een rechtsbetrekking uit een rechtshandeling en de verplichtingen die hieruit voortvloeien is gemakkelijk te maken. Maar wat is nu een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling behalve de vordering uit één van deze bronnen?

130 § 5.3.

De verplichting is het belangrijkste onderdeel van een dergelijke rechtsbetrekking.

Toch is een onderscheid wel degelijk mogelijk. De vorderingen kunnen bijvoorbeeld in verband staan met een overeenkomst. Een vordering uit onverschuldigde betaling kan ontstaan door de vernietiging van een overeenkomst. Een exoneratieclausule kan daarnaast de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad uitsluiten. De vordering uit onrechtmatige daad kan bovendien worden uitgeoefend door een gesubrogeerde hoofdelijke schuldenaar. De *rechtsbetrekking*, en dus niet de *vordering* uit onrechtmatige daad, tussen de hoofdelijke schuldenaren kan leiden tot mededelingsplichten op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹³¹ Deze voorbeelden maken duidelijk dat een vordering wel degelijk een individueel onderdeel van de rechtsbetrekking is, ook als de vordering voortvloeit uit onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of onverschuldigde betaling.

De factor 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De kwalificatie van het beding als een algemene voorwaarde leidt tot de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW. Deze afdeling bevat verschillende preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.¹³² De invloed van de kwalificatie van een beding als algemene voorwaarde is hiermee niet uitgeput. De redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van een beding uit de algemene voorwaarden sneller dan de gevolgen van een beding dat met het oog op het specifieke contract is opgesteld.¹³³ Als algemeen gezichtspunt bij de uitleg van een overeenkomst geldt bovendien dat het contractspecifieke beding in geval van strijd voorrang heeft op het beding in de algemene voorwaarden.¹³⁴

Niet alleen de samenhang tussen twee overeenkomsten beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁵ Ook de samenhang tussen twee bedingen in verschillende overeenkomsten kan hier invloed

131 Schoordijk 1979, p. 83-84, Van Boom 1999, p. 141-144 en 175-177 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 121.

132 Zie de artt. 6:233 sub a ('onredelijk') en sub b ('redelijke'), 234 lid 1, lid 2 (beide 'redelijkerwijs') en lid 3 BW ('redelijke') en 244 ('onredelijk'). Zie § 1.2.3 over deze preciseringen. Art. 6:233 BW is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

133 HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*), HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*), Hof Leeuwarden 8 januari 2013, LJN BY8106 (*X/Farmex*) en Raaijmakers 2005, p. 127.

134 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (*Vos Logistics/Heipro*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 376.

135 § 5.3.2.

op uitoefenen. Een beding in de overeenkomst tussen een professionele partij en de wederpartij kan samenhangen met een algemene voorwaarde tussen de wederpartij en haar afnemer. Deze algemene voorwaarde kan op grond van afdeling 6.5.3 BW onredelijk bezwarend zijn. De samenhang kan er in een dergelijk geval toe leiden dat de professionele partij geen beroep kan doen op het beding.¹³⁶

De rechter kan op grond van art. 611a lid 1 Rv een dwangsom opleggen. Het doel van een dergelijke dwangsom is het prikkelen tot nakoming. De redelijkheid en billijkheid verzet zich tegen (een aanspraak op) verbeurte van de dwangsom als de ratio voor de dwangsom is weggefallen. Deze ratio valt weg als het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht.¹³⁷ Een boetebeding kan het doel hebben om de schuldenaar extra aan te sporen tot nakoming. Dit doel pleit tegen de matiging van de boete op grond van art. 6:94 lid 1 BW.¹³⁸

Art. 6:109 lid 1 BW noemt de aard van de aansprakelijkheid als één van de factoren die de matiging van een schadevergoeding beïnvloedt.¹³⁹ Een verplichting uit een overeenkomst is vrijwillig aanvaard en dus de 'eigen schuld' van de schuldenaar. Een vordering uit onrechtmatige daad wordt daarom sneller gematigd dan een vordering uit overeenkomst.¹⁴⁰ Ook de omstandigheid dat de schadevergoeding voortvloeit uit een risicoaansprakelijkheid, pleit voor matiging. Deze aansprakelijkheid ontstaat immers zonder dat er sprake is van schuld.¹⁴¹

De factor 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een kwalitatief recht staat in een zodanig verband tot een goed van de schuldeiser, dat hij slechts belang heeft bij het recht zolang hij het goed behoudt. Art. 6:251 lid 1 BW bepaalt dat dergelijke rechten overgaan op de

136 Art. 6:244 lid 1 BW. Dit artikel is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

137 BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (*Van der Graaf/Agio*) en HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (*Rupako/Karsten*).

138 HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*), Rb. Zutphen 11 februari 2009, RVR 2009, 58 (*Westra/Klaasse*), Hof Amsterdam 5 juli 2011, NJF 2011, 455, HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459 (*Van de Zuidwind/Faase*) en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 325 (M.v.A. II). Art. 6:94 lid 1 BW is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

139 Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

140 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 450 (M.v.A. II) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 181.

141 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404 (Vraagpunt) en 450 (M.v.A. II), Abas 2006, p. 11 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 177 en 180.

verkrijger van het goed. De wet verbindt gevolgen aan verplichtingen tot dulden of niet doen. Deze verplichtingen lenen zich op grond van de artt. 5:71 lid 1 en 6:252 lid 1 BW voor een erfdienstbaarheid of een kwalitatieve verplichting. De aard van een prestatie kan uitsluiten dat zij na ontbinding ongedaan wordt gemaakt. De verplichting tot ongedaanmaking wordt in een dergelijk geval op grond van art. 6:272 lid 1 BW vervangen door een verplichting tot waardevergoeding.

Het doel van een prestatie beïnvloedt de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. Een prestatie kan het doel hebben om vertrouwen op te wekken bij (al dan niet specifieke) derden. De onzorgvuldige uitvoering van deze prestatie kan onrechtmatig zijn ten opzichte van deze derden. Een dergelijke aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld ontstaan bij notarissen¹⁴² en accountants.¹⁴³

De factor speelt ook een rol in andere rechtssystemen. Het ontbreken van wilsovereenstemming over de inhoud en gelding van algemene voorwaarden belet de totstandkoming van de overeenkomst niet. Deze regel geldt in verschillende rechtssystemen, de PECL, het DCFR en de UP.¹⁴⁴ De PECL en het DCFR besteden bij het beoordelen van de eventuele onredelijkheid van een beding aandacht aan de ‘*nature of the performance*’ (PECL) en de ‘*nature of what is to be provided*’ (DCFR).¹⁴⁵ De aard van sommige prestaties verzet zich tegen commercialisering. Een rechtshandeling waarin een dergelijke prestatie toch te gelde wordt gemaakt is in strijd met de Duitse *guten Sitten*.¹⁴⁶

De factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Deze overlap is te vergelijken met de overlap tussen de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’ en verschillende andere factoren.¹⁴⁷ Ik geef een paar voorbeelden om dit te illustreren.

Een beroep op de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ is in sommige gevallen een beroep op de inhoud van het onderdeel van de rechtsbetrekking. Het beroep vestigt de aandacht

142 HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (*Credit Lyonnais Bank/T I*), Vranken 1997b, p. 717 en Van den Akker 2001, p. 140, 144 en 164.

143 Rb. Amsterdam 9 juni 1999, JOR 1999, 195 (*Van Lanschot/Smulders*), Vranken 1997b, p. 717 en Van den Akker 2001, p. 65-70, 76 en 164.

144 De artt. 2:209 (1) PECL, II.-4:209 (1) DCFR en 2.1.22 UP, PECL 2000, p. 184 en DCFR 2010, p. 331-333.

145 De artt. 4:110 (1) PECL en II.-9:407 (1) DCFR.

146 Van den Brink 2002, p. 158, Staudinger/Sack/Fischinger 2011, § 138, nr. 627, MünchKommBGB/Armbrüster 2012, § 138, nr. 127 en Palandt/Ellenberger 2013, § 138, nr. 56.

147 § 5.3.2.

op een omstandigheid waarvan de relevantie ook door een andere factor kan worden verklaard. De strekking van een exonerationebeding is bijvoorbeeld afhankelijk van de verhouding tussen de beperking en de omvang van de voorzienbare schade.¹⁴⁸ Een beroep op de factor 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking' vertoont in dit geval een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.¹⁴⁹

Een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' verdient de voorkeur. Dit beroep is directer. De strekking van het beding beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* het leidt tot een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten. Een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' is daarnaast duidelijker. Bij twee exonerationen is de verhouding tussen de beperking en de omvang van de voorzienbare schade even scheef. De redelijkheid en billijkheid laat slechts één beding buiten toepassing. Een beroep op de factor 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking' kan dit niet verklaren, een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' wel degelijk. De overige inhoud van de overeenkomst kan deze onevenwichtigheid immers wegnemen.¹⁵⁰

De factor vertoont een vergelijkbare overlap met de factor 'verwijtbare gedragingen'.¹⁵¹ Schuld aan de kant van de schuldenaar pleit tegen matiging op grond van art. 6:109 lid 1 BW. Hoe groter de schuld, des te sterker pleit hij tegen matiging. Een beroep op de factor 'verwijtbare gedragingen' verdient de voorkeur. Een beroep op deze factor is directer. De aard van de aansprakelijkheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* hij iets zegt over de mate van schuld. De mate van schuld is het uiteindelijke argument voor of tegen matiging. Een beroep op de factor 'verwijtbare gedragingen' is ook duidelijker. De invloed van verwijtbaarheid op de werking van de redelijkheid en billijkheid is sprekender en daardoor duidelijker dan de invloed van de aard van de aansprakelijkheid. Een beroep op de mate van de schuld voorkomt daarnaast problemen met gekunstelde en onnauwkeurige kwalificaties.¹⁵²

148 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*) en Rijken 1983, p. 138-139.

149 § 7.3.1.

150 Zie ook § 5.3.2.

151 § 3.2.1.

152 Zie ook § 5.3.2.

Aansprakelijkheid uit overeenkomst pleit tegen matiging. Lang niet iedere overeenkomst is echter even vrijwillig aangegaan.¹⁵³ De mate van schuld is dus niet bij iedere overeenkomst dezelfde, de aard van de aansprakelijkheid wel.

De aard van het beding beïnvloedt de toepasselijkheid van de wet. Ik heb hierboven beschreven hoe dit de werking van de redelijkheid en billijkheid kan beïnvloeden. Een beroep op de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ verdient in dit geval de voorkeur. De kwalificatie van het beding is een noodzakelijke stap tussen de omstandigheden die de aard van het beding beïnvloeden en de toepasselijkheid van de wet.¹⁵⁴

Het doel van het beding is, net als het doel van de rechtsbetrekking,¹⁵⁵ moeilijker te vangen door een andere factor. Het is overigens niet onmogelijk. Een contractueel boetebeding kan bijvoorbeeld het doel hebben om als prikkel tot nakoming te dienen. De factor vertoont in dit geval een overlap met de factor ‘gedragsprikkel’.¹⁵⁶ Een beroep op de factor ‘gedragsprikkel’ kan echter niet verklaren waarom de prikkel tot nakoming juist bij de matiging van contractuele boetes zo belangrijk is. Pleit de prikkel tot nakoming niet tegen iedere matiging of beperking van een contractuele plicht? De factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ benadrukt dat de partijen in het onderhavige geval hebben gekozen om de prikkel tot nakoming te versterken.

Een beroep op de ‘aard’ of ‘inhoud’ van een individueel onderdeel van de rechtsbetrekking kan de aandacht vestigen op een bepaalde omstandigheid. Andere factoren kunnen de relevantie van deze omstandigheid in veel gevallen beter verklaren. De factor speelt echter wel degelijk een zelfstandige rol. De kwalificatie van een beding kan verduidelijken dat bepaalde normen van toepassing zijn. De relevantie van het doel van een individueel onderdeel is bovendien niet gemakkelijk te vangen door een andere factor. Een individueel onderdeel kan verschillende doelen nastreven. Een duidelijk beroep op de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ vereist een duidelijke beschrijving van het doel dat de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval beïnvloedt.

153 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 181.

154 Zie ook § 5.3.2.

155 § 5.3.2.

156 § 6.4.3.

5.4 Conclusie

De partijen bij een rechtsbetrekking staan zowel in een feitelijke verhouding als in een rechtsbetrekking tot elkaar. Deze verhoudingen zijn altijd op *enige* manier relevant. Een feitelijke verhouding wordt altijd gekenmerkt door enige mate van samenwerking.¹⁵⁷ Ontbreekt de samenwerking volledig, dan is juist dit gebrek aan samenwerking relevant. De factor 'samenwerking' beïnvloedt de eisen en de werking van de redelijkheid en billijkheid in iedere rechtsbetrekking. Het enkele beroep op deze factor verliest hiermee echter zijn verklarende werking. Het maakt niets duidelijk over de eisen en de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval.

Het is daarnaast mogelijk om in ieder concreet geval een beroep te doen op de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Het is mogelijk om voor iedere relevante omstandigheid een 'aard van de rechtsbetrekking' te verzinnen die de relevantie van deze omstandigheid verklaart. Een overeenkomst tussen een particulier en een professionele partij is bijvoorbeeld een 'consumentenovereenkomst'. Uit § 5.3.2 blijkt echter dat deze benadering niet de voorkeur verdient. Andere factoren kunnen de relevantie van de relevante omstandigheid in de meeste gevallen beter verklaren. De benadering leidt daarnaast tot kwalificatieproblemen. Zij is bovendien gekunsteld. Een beroep op de aard van een individueel onderdeel van de rechtsbetrekking verdient om dezelfde redenen niet de voorkeur.¹⁵⁸

De benaderingen waarin de factoren uit de hoofdcategorie 'de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking' iedere werking van de redelijkheid en billijkheid verklaren, verdienen niet de voorkeur. Dit betekent niet dat de factoren uit deze categorie geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid uitoefenen. De factoren uit deze categorie zijn om verschillende redenen relevant.

Een beroep op de factoren uit deze hoofdcategorie is allereerst *niet in alle gevallen* een beroep op een omstandigheid waarvan de relevantie beter door een factor uit een andere hoofdcategorie kan worden verklaard. Een beroep op deze factoren kan ook een beroep zijn op een omstandigheid waarvan de relevantie niet of niet goed kan worden verklaard door andere factoren. De relevantie van het doel van een rechtsbetrekking of één van haar componenten kan niet duidelijk worden verklaard door de

¹⁵⁷ § 5.2.3.

¹⁵⁸ § 5.3.3.

factoren uit andere hoofdcategorieën.¹⁵⁹ Hetzelfde geldt voor de omstandigheden die aan de rechtsbetrekking voorafgaan. Enkele van deze omstandigheden zien specifiek op de totstandkoming van de rechtsbetrekking en laten zich niet goed verklaren door andere factoren.¹⁶⁰

Daarnaast verdient een beroep op de aard van een rechtsbetrekking of een beding de voorkeur als de kwalificatie van deze rechtsbetrekking of dit beding de werking van de redelijkheid en billijkheid zelfstandig beïnvloedt. De kwalificatie van een overeenkomst of een beding kan de toepasselijkheid van andere normen beïnvloeden. De kwalificatie van een overeenkomst als een koopovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot de relevantie van de verkeersopvattingen over koopovereenkomsten. Deze normen beïnvloeden vervolgens de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factoren 'kenmerken van de rechtsbetrekking' en 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking' fungeren als tussenstap. Zij verbinden gevolgen aan de omstandigheden die de aard van de overeenkomst en het beding beïnvloeden.¹⁶¹

Ook de feitelijke verhoudingen oefenen zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factoren 'vertrouwensrelatie' en 'samenwerking' beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid op een manier die is te vergelijken met de invloed van de factoren 'maatschappelijke positie', 'overheid', 'deskundigheid', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'financiële positie' en 'beperking'.¹⁶² De factoren verduidelijken hoe streng de eisen van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval zijn. De factoren uit hoofdstuk 4 stellen de strengheid afhankelijk van de sterkte van de partijen. De invloed van de factoren 'vertrouwensrelatie' en 'samenwerking' is afhankelijk van de verhouding *tussen* de partijen. De redelijkheid en billijkheid stelt hogere eisen aan de partijen die tot elkaar in een verhouding van vertrouwen of samenwerking staan. Hoe groter het vertrouwen of de samenwerking, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

Een rechtsbetrekking leidt altijd tot enige mate van 'samenwerking'. De partijen dienen hun gedrag af te stemmen op deze samenwerking. De factor werkt in het nadeel van de partij die haar gedrag niet afstelt op de mate waarin de feitelijke verhouding door samenwerking wordt gekenmerkt. De factor 'vertrouwensrelatie' werkt op dezelfde manier. De factor werkt in het nadeel van de partij die haar gedrag niet afstemt op de mate

159 De §§ 5.3.2 en 5.3.3.

160 § 5.3.1.

161 De §§ 5.3.2 en 5.3.3.

162 De §§ 4.2, 4.3, 4.4, 4.7, 4.8 en 4.9. Zie ook § 4.11.

van de vertrouwelijkheid van de concrete verhouding. De feitelijke verhoudingen creëren op deze manier grenzen. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die deze grenzen overschrijdt.

Deze benadering is ook terug te vinden bij de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’. De gevolgen van (een deel van) een rechtsbetrekking zijn eerder in strijd met de redelijkheid en billijkheid als zij niet in overeenstemming zijn met de aard van (het deel van) de rechtsbetrekking. De aard van de rechtsbetrekking creëert de grenzen waarbinnen een rechtsbetrekking redelijk is. De bij de aard van de rechtsbetrekking behorende normen beïnvloeden deze grenzen.¹⁶³ Een exonerationclausule is bijvoorbeeld eerder onaanvaardbaar als zij de hoofdverplichting uitholt of als zij in overeenkomsten met dezelfde aard *ongebruikelijk* en/of niet te verwachten is.¹⁶⁴ *Gebruikelijk* duidt op de relevantie van de factor ‘gewoonten’.¹⁶⁵

De hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ creëert kaders.¹⁶⁶ De categorie verduidelijkt waar de partijen in een concrete verhouding op mogen rekenen. De redelijkheid en billijkheid pleit voor een rechtsbetrekking die binnen deze kaders blijft.

De factoren uit de hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ oefenen om verschillende redenen zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij omvatten omstandigheden die zich niet goed laten vangen door factoren uit andere hoofdcategorieën, zij beïnvloeden de relevantie van andere normen, zij verduidelijken de strengheid van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval is en zij creëren kaders. Geen van deze redenen is van toepassing op de factor ‘afhankelijkheid’. Deze factor heeft daarom geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁶⁷

163 Hoofdstuk 2.

164 Rijken 1983, p. 48, 165 en 168.

165 § 2.3.3.

166 Zie ook § 8.3.1.

167 § 5.2.1.

HOOFDSTUK 6

BELANGEN

6.1 Inleiding

De betrokken belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De relevantie van deze hoofdcategorie is snel gegeven. Wat is de invloed van ‘normen’, ‘gedragingen en gebeurtenissen’, ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’, ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ en ‘evenwicht’ als zij niet leiden tot enig relevant gevolg? Een onbehoorlijke gedraging is sterker verwijtbaar als zij leidt tot (een kans op) een grote aantasting van rechtens relevante belangen. De redelijkheid en billijkheid beschermt deze belangen. Zij waakt ervoor dat de belangen niet op een onaanvaardbare wijze worden aangetast. De relevantie van de categorie blijkt ook uit de wet. De eisen van de redelijkheid en billijkheid zijn op grond van art. 3:12 BW onder andere afhankelijk van persoonlijke en algemene belangen.¹

Verscheidende belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik bespreek achtereenvolgens de invloed van de belangen van de partijen bij een rechtsbetrekking (§ 6.2), de belangen van derden (§ 6.3) en de algemene belangen (§ 6.4). Ik eindig met een conclusie over de hoofdcategorie ‘belangen’ (§ 6.5).

6.2 Belangen van de partijen bij een rechtsbetrekking

Een rechtsbetrekking is in de eerste plaats een aangelegenheid tussen de partijen bij deze betrekking. Zij beïnvloedt dan ook juist de belangen van deze partijen. Ik behandel in deze subcategorie verschillende relevante aspecten van de belangen. Ik bespreek achtereenvolgens de invloed van de omvang van het betrokken belang (§ 6.2.1), de soort van het belang

1 Vergelijk daarnaast de artt. 3:168 lid 2 en 185 lid 1 BW. Deze artikelen zijn, gelet op het woord ‘billijkheid’, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.

(§ 6.2.2), het bestaan van een alternatief (§ 6.2.3) en de kenbaarheid van het belang (§ 6.2.4.)

6.2.1 *Omvang belang*

De omvang van de betrokken belangen beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een groter belang leidt tot strengere eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een partij verliest één euro door het inconsequente gedrag van haar wederpartij.² Is dit onredelijk? Is deze ene euro genoeg reden om de gevolgen van een overeenkomst te beperken? Het antwoord op deze vragen luidt anders als er een groter belang bij het concrete geval is betrokken. Het is wel degelijk onredelijk als inconsequent gedrag leidt tot het verlies van een geheel vermogen.

De titel van de factor geeft het al aan: de werking van de redelijkheid en billijkheid is niet alleen afhankelijk van het antwoord op de vraag *of* er een belang in het geding is, zij is ook afhankelijk van de *omvang* van dit belang. Hoe groter het belang, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

De invloed van de factor 'omvang belang' is afhankelijk van de belangen van *één van de partijen*. Beide partijen hebben niet noodzakelijk evenveel belang bij een rechtsbetrekking. Ik bespreek de invloed van de verschillen tussen de belangen van *beide* partijen in § 7.3.1.

De invloed van de factor 'omvang belang' is niet alleen afhankelijk van de omvang van het belang zoals het in het geding is. De invloed van de factor is vooral afhankelijk van de gevolgen voor de partij. Deze gevolgen kunnen verder reiken. Ik geef enkele voorbeelden. De partijen kunnen twisten over een vordering uit onrechtmatige daad. De omvang van het belang is ten minste gelijk aan de omvang van de vordering. De gevolgen kunnen echter groter zijn voor één van de partijen. De toekenning van de volledige schadevergoeding kan leiden tot het faillissement van deze partij. Dit pleit voor de matiging van deze vordering.³ Het nemen van ontslag heeft grote gevolgen voor de werknemer. Dit beïnvloedt het ontstaan van gerechtvaardigd vertrouwen op grond van art. 3:35 BW. De werkgever mag minder snel aannemen dat de werkgever

² Vergelijk § 3.2.2.

³ § 4.8.

werkelijk ontslag wil nemen.⁴ De grote gevolgen kunnen er daarnaast toe leiden dat de werkgever de werknemer niet aan het ontslag mag houden.⁵

Verschillende omstandigheden kunnen pleiten voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid in het voordeel van één van de partijen. Het is echter mogelijk dat de rechtsbetrekking *zonder* deze werking niet leidt tot enig nadeel voor deze partij. Het ontbreken van nadeel pleit in een dergelijk geval tegen de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het pleit bijvoorbeeld tegen de vernietiging van een beslissing op grond van art. 7:904 lid 1 BW.⁶ Het bestaan van nadeel is echter geen *eis* voor een werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid kan ook in het voordeel van een partij werken als er (zonder de werking van de redelijkheid en billijkheid) geen sprake is van nadeel voor deze partij.⁷

Een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid in het nadeel van één van de partijen leidt niet noodzakelijk tot het ontstaan van nadeel voor deze partij. Het ontbreken van nadeel pleit in een dergelijk geval *voor* deze werking. Het pleit bijvoorbeeld voor het beperken van een beroep op het ontbreken van de voorgeschreven vorm bij de opzegging van een overeenkomst. Een partij kan geen beroep doen op het ontbreken van een aangetekende brief als vaststaat dat de schriftelijke opzegging haar heeft bereikt.⁸ Het ontbreken van nadeel pleit daarnaast voor het beperken van een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen⁹ of op het ontbreken van een tijdige ingebrekestelling.¹⁰

4 HR 29 november 1974, NJ 1975, 211 (*Hensels/Seegers*), HR 28 september 1984, NJ 1985, 246 (*Ben Dadi/Mayonna*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 134-136. Zie ook HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 (*Hajjout/Ijmah*). Art. 3:35 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

5 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (*Je bekijkt het maar*), HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 (*Ben Amran/Silversteyn*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 137-138.

6 § 3.3.

7 HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (*B/K Bank*), HR 29 december 1995, NJ 1996, 302 (*Slee/Rabobank*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 429. Ook voor de bescherming van een partij op grond van art. 3:35 BW is geen nadeel vereist. Zie hierover HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (*Hazjiani*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 136-137. Art. 3:35 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

8 Ktr. Haarlem 30 september 1949, NJ 1950, 854 (*Mij/Mandemaker*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 409.

9 HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (*Je bekijkt het maar*), HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 (*Ben Amran/Silversteyn*), HR 15 november 2002, NJ 2003, 60, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 167 (N.v.W.), Vranken 1989, p. 29, Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), nr. 302 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 137.

10 Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, NJ 2012, 17 (*Wijts/Liermann*).

Het ontbreken van *nadeel* is overigens niet noodzakelijk hetzelfde als het ontbreken van ieder relevant belang. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de niet-benadeelde partij een *voordeel* of de *mogelijkheid* tot het behalen van een voordeel verliest. De betrokken belangen zijn bovendien niet altijd even concreet. Het nemen van ontslag kan bijvoorbeeld leiden tot een slechtere samenwerking tussen werknemer en werkgever.

Uit de vorige alinea's blijkt dat het bestaan van *een belang* wel degelijk relevant is. Immers: *het ontbreken van een belang* beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het beroep op het bestaan van een belang of enige vorm van nadeel maakt duidelijk dat er geen sprake is van een situatie waarbij één van de partijen in het geheel geen belang heeft bij de rechtsbetrekking of de eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid.

Een partij moet rekening houden met de belangen van haar wederpartij. Hoe groter deze belangen, hoe meer rekening de partij ermee moet houden. Grote risico's leiden bijvoorbeeld tot een grotere zorgplicht.¹¹ De omvang van de belangen beïnvloedt daarnaast de omvang van de mededelingsplichten op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.¹²

De factor 'omvang belang' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een verzekeraar is op grond van art. 7:932 lid 1 BW niet verplicht tot de afgifte van een polis als de aard van de overeenkomst dit rechtvaardigt en de verzekeringnemer geen belang heeft bij deze afgifte. Een verzoek tot het uitspreken van een faillissement wordt niet gehonoreerd als de aanvrager geen redelijk belang bij het faillissement heeft.¹³ Het aanvragen van het eigen faillissement kan zelfs misbruik van recht opleveren als de aanvrager hier geen te respecteren belang bij heeft.¹⁴ Een overeenkomst die de belangen van één van de partijen op grove wijze

11 HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*), Bakker & Haas 2010, p. 298 en Knigge & Bakker 2011, p. 53-54. Zie ook HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*) over de zorgplicht van een goed opdrachtnemer. De omvang van deze plicht is onder andere afhankelijk van de ernst van de betrokken belangen. Art. 7:401 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

12 Castermans 1992, p. 100, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 55 en 60 en Jansen 2012a, p. 158. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

13 HR 26 juni 1942, NJ 1942, 585 (*Weegewijs*) en HR 20 september 1996, NJ 1997, 640 (*Verhees/Octrooibureau Zuid*).

14 Hof Amsterdam 19 mei 2011, JOR 2012, 22.

veronachtzaamt, kan in strijd zijn met de goede zeden.¹⁵ De ernst van de gevolgen van een mogelijk ongeval beïnvloedt de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. Ook de belangen van de eventueel onrechtmatig handelende partij zijn van belang. Zo zijn de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid ook afhankelijk van de bezwaarlijkheid van het nemen van maatregelen die de schade kunnen voorkomen.¹⁶ Deze bezwaarlijkheid beïnvloedt daarnaast het antwoord op de vraag of er sprake is van aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 lid 1 BW.¹⁷

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De Duitse *Treu und Glauben* en de *good faith and fair dealing* van het DCFR beperken de uitoefening van een recht als de partij geen beschermenswaardig belang bij deze uitoefening heeft.¹⁸ Verschillende Europese rechtsstelsels, de PECL en het DCFR wijzen een vordering tot nakoming af als dit onredelijk hoge kosten voor de schuldenaar met zich brengt.¹⁹ Een vordering tot *specific performance* wordt in het Engelse recht daarnaast afgewezen als de schuldeiser geen belang heeft bij de nakoming.²⁰

De factor 'omvang belang' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'rechtsnormen', 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag', 'gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden', 'gedragingen van derden', 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'financiële positie', 'beperking' en 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' besproken in de §§ 2.5, 3.2.2, 3.2.3, 3.3, 4.7, 4.8, 4.9 en 4.10. Ik bespreek de overlap met de factoren 'soort belang', 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' en 'subsidiariteit' in de §§ 6.2.2, 7.3.3 en 7.4.2.

15 Van den Brink 2002, p. 219-220 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 337.

16 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*), HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (*Van Dam/Beukeboom*) en Sieburgh 2000, p. 73-74.

17 HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 (*Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees*) en Loonstra & Quist 2008, p. 15-16. Art. 7:658 lid 1 BW is, gelet op het woord 'redelijkerwijs', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

18 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 258, DCFR 2010, p. 89, Münch-KommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 235 en Palandt/Grüneberg 2013, § 242, nr. 50.

19 De artt. 9:102 (2) (b) PECL en III.-3:302 (3) (b) DCFR, Hesselink 1999, p. 308, Burrows 2004, p. 498, PECL 2000, p. 400 en DCFR 2010, p. 837-838. Zie ook § 7.4.1.

20 Court of Queen's Bench 24 maart 1859, *New Brunswick Co v Muggeridge*, (1859) 4 *Drewry* 686 en Chancery Division 30 november 1976, *Tito v Waddell* (No. 2), [1977], Ch. 106.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’.²¹ De factoren leggen de nadruk op een ander aspect van de belangen van de partijen. De voorkeur voor een beroep op één van deze factoren is afhankelijk van het antwoord op de vraag welk aspect in het concrete geval relevant is.

De factor ‘omvang belang’ legt de nadruk op de bijzondere omvang van de belangen van één van de partijen. Zowel de bijzonder grote als de bijzonder kleine belangen kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De werkgever mag bijvoorbeeld op grond van de grote gevolgen voor de werknemer niet snel aannemen dat zijn werknemer werkelijk ontslag wil nemen.²² Juist de belangen van de werknemer pleiten voor deze uitleg. De eventuele gevolgen van het ontslag voor de werkgever spelen geen rol. Zij pleiten niet voor of tegen de uitleg.

De belangen van de wederpartij kunnen overigens wel zijdelings een rol spelen. De grote belangen van een partij kunnen voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten. Deze werking kan leiden tot een even ingrijpende aantasting van de belangen van de wederpartij. De belangen van de wederpartij pleiten in een dergelijk geval tegen deze werking. Dit betekent echter niet dat een beroep op de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ altijd de voorkeur verdient. Uiteindelijk pleiten de grote gevolgen voor één van de partijen voor de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een schadepost heeft grotere gevolgen voor een arme partij dan voor een rijke partij. Toch pleiten deze grotere gevolgen niet voor matiging als ook de arme partij de schadepost gemakkelijk kan dragen.²³

De factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ legt de nadruk op het verschil in de omvang van de belangen van de partijen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid slechts beperkte gevolgen heeft voor één van de partijen terwijl deze werking de belangen van haar wederpartij veel sterker aantast. Het is daarnaast mogelijk dat één van de partijen hetzelfde resultaat tegen veel kleinere kosten kan realiseren. Het is ten slotte mogelijk dat de rechten en plichten van een rechtsbetrekking onevenwichtig zijn verdeeld. De factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ verdient de voorkeur als

21 § 7.3.1.

22 Zie noot 4.

23 Vergelijk § 4.8 over de overlap tussen de factoren ‘financiële positie’ en ‘verschil in financiële positie’.

juist deze verschillen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

De *kelderluik-criteria*²⁴ bieden een voorbeeld. De ernst van de gevolgen van een ongeluk, de kans op het intreden van deze gevolgen en de bezwaarlijkheid van preventieve maatregelen beïnvloeden de eisen van de maatschappelijke betamelijkheid. Deze omstandigheden staan echter niet los van elkaar. Wanneer is een preventieve maatregel zo bezwaarlijk dat een partij niet gehouden is om deze te nemen? Als de maatregel 1000 euro kost? Als hij 10.000 euro kost? Een absolute voor ieder geval geschikte grens is niet te geven. Het antwoord op de vraag is afhankelijk van het verwachte nut van de maatregel. De bezwaarlijkheid van een maatregel hangt samen met de omvang van de schade die de maatregel kan voorkomen en de door de maatregel veroorzaakte verkleining van de kans dat deze schade intreedt. Met andere woorden: een partij is gehouden om de maatregel te nemen als deze maatregel minder kost dan dat hij oplevert.²⁵ De kosten van de maatregel moeten worden vergeleken met de kosten van het niet nemen van de maatregel. Juist het verschil tussen deze kosten bepaalt of de maatregel moet worden genomen.

De verschillende aspecten kunnen ook naast elkaar relevant zijn. Art. 7:274 lid 1 sub c BW biedt een voorbeeld.²⁶ De rechter kan een vordering tot beëindiging van de huur van een woonruimte toewijzen als de verhuurder een groot belang bij deze beëindiging heeft. Hij moet de woonruimte *dringend* nodig hebben voor eigen gebruik. Dit wijst op de relevantie van de factor 'omvang belang'. Bij het beantwoorden van de vraag of het belang ook werkelijk leidt tot de beëindiging van de huur, moet echter rekening worden gehouden met de belangen van beide partijen. Dit wijst op de relevantie van de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'. Beide factoren spelen een eigen rol. De factor 'omvang belang' maakt duidelijk dat het belang van de verhuurder een minimale omvang moet hebben. Is er aan het minimumvereiste voldaan, dan beïnvloedt de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' de uiteindelijke beslissing.

24 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*).

25 Vergelijk Circuit Court of Appeals, Second Circuit 9 januari 1947, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, Nieuwenhuis 1988b, p. 80-81, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 61, Tjong Tjin Tai 2006, p. 117 en Posner 2011, p. 213-217. Ik laat hierbij buiten beschouwing welke partij de maatregel moet nemen.

26 Dit artikel is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

Een rechtsbetrekking leidt al snel tot de aantasting van relevante belangen. Een beroep op het enkele bestaan van nadeel of een ander relevant belang verduidelijkt daarom niet. Een beroep op een factor die duidelijk maakt wie verantwoordelijk is voor de aantasting van de belangen, verdient de voorkeur.²⁷ Dit betekent echter niet dat de factor ‘omvang belang’ geen zelfstandige rol speelt. Een beroep op de factor verdient de voorkeur als de omvang van het belang op enige manier opmerkelijk is. Hij is relevant als het belang van een partij bijzonder klein of juist bijzonder groot is. De factor ‘omvang belang’ speelt daarnaast een zelfstandige rol omdat hij de strengheid van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Omvangrijkere belangen leiden tot strengere eisen op grond van de redelijkheid en billijkheid.

6.2.2 Soort belang

Een opmerking vooraf. Ik gebruik in deze paragraaf de term ‘soort’ van het belang. Er bestaat geen verschil tussen de ‘soort’, de ‘aard’ en het ‘type’ van het belang. Ook deze termen verbinden gevolgen aan de kwalificatie van het betrokken belang.

De redelijkheid en billijkheid beschermt de rechte relevante belangen. Zij beschermt echter niet ieder belang even intensief. De soort van het belang beïnvloedt de mate van bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid.

De redelijkheid en billijkheid biedt meer bescherming aan ‘belangrijkere’ belangen.²⁸ De ‘fundamentele’ belangen zijn het belangrijkste. Zij zien op primaire behoeften als gezondheid, huisvesting, vrijheid en veiligheid. Vermogensbelangen zijn minder belangrijk. Binnen deze vermogensbelangen is het mogelijk om de verschillende manieren waarop deze belangen kunnen worden aangetast te onderscheiden. Het is bijvoorbeeld mogelijk om een onderscheid te maken tussen vermogensschade die het gevolg is van letsel (‘letselschade’),²⁹ schade die het gevolg is van de beschadiging van een zaak (‘zaakschade’) en zuiver economische schade. Letselschade vloeit voort uit de aantasting van een belangrijk belang: het

27 Zie de overlap besproken in de §§ 3.2.2, 3.2.3, 3.3 en 4.7.

28 Vergelijk over de invloed van de soort van het belang ook Tjittes 1994, p. 5 en Smits 2006, p. 140. Deze bronnen zijn niet beperkt tot de invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

29 Ik doel hiermee op *werkelijke schade* die is veroorzaakt door een verwonding of dood. Deze schade dient te worden onderscheiden van zuiver immateriële schade. Vergelijk Brunner 1973, p. 7-8, Lindenbergh 1998, p. 79-80 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 139.

fundamentele belang van lichamelijke integriteit. Vermogensbelangen die bestaan uit letselschade verdienen om deze reden meer bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid biedt het minste bescherming aan immateriële belangen³⁰ die niet tevens ‘fundamenteel’ zijn.

De factor ‘soort belang’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid biedt meer bescherming aan fundamentele belangen. Huisvestingsproblemen voor de vrouw en haar minderjarige kinderen kunnen voor de beperking van de gevolgen van een overeenkomst van scheiding en deling pleiten.³¹ Een gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de dwalende pleit voor het ontstaan van mededelingsplichten.³² De redelijkheid en billijkheid tast deze ‘belangrijke’ belangen ook zelf minder snel aan. Het karakter van een persoonlijkheidsrecht verzet zich bijvoorbeeld tegen rechtsverwerking.³³

Een beperking van de aansprakelijkheid voor letselschade is eerder in strijd met de redelijkheid en billijkheid dan een beperking van de aansprakelijkheid voor zaakschade of gevolgschade.³⁴ Een vordering tot vergoeding van letselschade wordt daarnaast minder snel gematigd op grond van art. 6:109 lid 1 BW.³⁵ De omvang van een schadevergoeding voor andere schade dan vermogensschade wordt op grond van art. 6:106 BW naar *billijkheid* vastgesteld.³⁶ Het artikel wijst verschillende categorieën schade aan die voor een vergoeding in aanmerking komen. Ook binnen deze categorieën beïnvloedt de aard van het letsel, de pijn, het verdriet of de gederfde levensvreugde de omvang van de vergoeding.³⁷

30 Zie voor voorbeelden van deze belangen Lindenberg 1998, p. 83-84, DCFR 2010, p. 917 en 920 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 139.

31 HR 16 januari 1981, NJ 1981, 312 (*Katwijkse boedelscheiding*).

32 Van Rossum 1991, p. 37, Castermans 1992, p. 100-105, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 87, Smits 1999, p. 68, Jansen 2012a, p. 158 en Jansen 2013, p. 58. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

33 Valk 1993, p. 109.

34 Hof Leeuwarden 8 januari 2013, LJN BY8106 (*X/Farmex*), Rijken 1983, p. 194 en Tjittes 1994, p. 5. De invloed van de aard van de belangen op de eventuele beperking van de gevolgen van een exonerationclausule blijkt uit HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*) en HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*).

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 184. Art. 6:109 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

36 Dit artikel is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

37 HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (*Academisch Medisch Centrum/O*), HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (*Druijff/Bouw*), HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (*Cornelisse/Lokhorst*), Lindenberg 1998, p. 235-236 en 246-248 en Lindenberg 2008, p. 69-73.

De factor ‘soort belang’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De rol van de factor blijkt in de eerste plaats uit de wet. Art. 3:310 lid 5 BW stelt een afwijkende verjaringstermijn voor vorderingen tot vergoeding van schade als gevolg van letsel of overlijden. Art. 21 Warenwet geeft ‘Onze Minister’ verschillende bevoegdheden ten aanzien van ‘waren’ die een gevaar opleveren voor de gezondheid of veiligheid van de mens.³⁸ De factor beïnvloedt daarnaast de inhoud van andere open normen. Een overeenkomst is in strijd zijn met de goede zeden als zij de fundamentele belangen van de partijen te sterk aantast.³⁹ Ook de eventuele strijd met de openbare orde is onder andere afhankelijk van de betrokken belangen.⁴⁰ Een gedraging is daarnaast eerder onrechtmatig als zij een risico op fysiek letsel in het leven roept.⁴¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Ik geef enkele voorbeelden. De mogelijkheden tot schadevergoeding voor immateriële schade zijn in verschillende Europese rechtsstelsels beperkter dan de mogelijkheden tot schadevergoeding voor vermogensschade.⁴² De aard van de immateriële schade beïnvloedt daarnaast in verschillende rechtsstelsels de antwoorden op de vragen *of* en *hoeveel* schadevergoeding er wordt toegekend.⁴³ Een gevaar voor de veiligheid van één van de partijen kan ten slotte in verschillende stelsels leiden tot het ontstaan van mededelingsplichten.⁴⁴

De factor ‘soort belang’ vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren ‘grondrechten’, ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ en ‘afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser’ besproken in de §§ 2.5.2, 4.2 en 4.10.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘omvang belang’.⁴⁵ De redelijkheid en billijkheid beschermt belangrijkere soorten belangen intensiever dan minder belangrijke belangen. Maar waarom zijn deze soorten belangrijker? Partijen hebben een groter belang bij fundamentele belangen. Zij hebben niets aan al het vermogen van de wereld als

38 Zie de artt. 1 lid 1 sub a en d Warenwet voor de definities van de begrippen ‘Onze Minister’ en ‘waren’.

39 Vergelijk Petit 1920, p. 11, 149-163 en 220-259, Van den Brink 2002, p. 90, 93 en 214-215, Sieburgh 2004, p. 41 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 337.

40 HR 1 juni 2012, *RvdW* 2012, 765 (*Esmilo/Mediq*).

41 HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998, 190 (*Hilbrands/Veenhoven*), Castermans 1992, p. 101, Sieburgh 2000, p. 74 en Jansen 2012a, p. 414-415. Zie over de invloed van de ‘aard van het nadeel’ ook HR 24 september 2004, *NJ* 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*) en HR 20 januari 2012, *NJ* 2012, 59 (*Wierds/Visseren*).

42 PECL 2000, p. 438 en DCFR 2010, p. 921-922.

43 Lindenberg 1998, p. 239-242, PECL 2000, p. 437 en DCFR 2010, p. 920-921.

44 Hesslink 1999, p. 208, 264, 267 en 271 en Jansen 2012a, p. 49.

45 § 6.2.1.

zij niet vrij en gezond zijn. De *omvang* van het belang is onder andere afhankelijk van de *soort* van het belang. De Hoge Raad verwijst dan ook dikwijls in één adem naar beide factoren.⁴⁶

Toch is het wel degelijk mogelijk om een onderscheid te maken tussen de factoren. Een fundamenteel belang heeft niet altijd een grotere omvang dan een vermogensbelang. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de aantasting van het fundamentele belang slechts beperkt is, terwijl de aantasting van het minder belangrijke vermogensbelang ingrijpende gevolgen heeft. De omvang van het belang is afhankelijk van de soort van het belang en de mate waarin het belang wordt aangetast.

Een beroep op de factor ‘omvang belang’ verdient de voorkeur. De factor is directer. Een belangrijker soort belang verdient meer bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid *omdat* deze soort leidt tot een grotere omvang van het belang. Een duidelijk gebruik van de factor ‘omvang belang’ vereist een beschrijving van het betrokken belang. Bij deze beschrijving kan de soort van het belang voldoende aan bod komen. Een apart beroep op de factor ‘soort belang’ is daarom overbodig.

De factor ‘soort belang’ speelt een zelfstandige rol in de wet. De rechtszekerheid eist duidelijke afbakeningen. Een onderscheid tussen verschillende belangen kan deze duidelijkheid verschaffen. De mogelijkheid om duidelijke grenzen te trekken geeft de factor ‘soort belang’ echter geen invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid begint waar een duidelijk wettelijk onderscheid tekortschiet of ontbreekt. Absolute grenzen zijn hier niet op hun plek. De soort van het belang fungeert slechts als aanwijzing over de omvang van het belang.

6.2.3 Alternatief

Een rechtsbetrekking leidt tot het ontstaan van rechten en plichten. Deze rechten en plichten beïnvloeden de relevante belangen. De behartiging van de belangen is echter niet noodzakelijk slechts afhankelijk van deze rechtsbetrekking en de rechten en plichten die hieruit voortvloeien. De

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*) (beide: ‘aard’ en de ‘ernst’), HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (*Academisch Medisch Centrum/O*) ‘aard’, de ‘duur’ en de ‘intensiteit’ van de ‘pijn’, het ‘verdriet’ en de ‘gederfde levensvreugde’), HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 (*Hilbrands/Veenhoven*) (‘zeer ernstig’ ‘letsel’), HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (*Druijff/Bouw*) (‘aard’ en ‘ernst’ van het ‘letsel’), HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (*Cornelisse/Lokhorst*) (‘aard’ van het ‘letsel’, de ‘duur’ en ‘intensiteit’ van het ‘verdriet’ en de ‘gederfde levensvreugde’) en HR 15 juni 2012, RvdW 2012, 852 (*X/Veldhuyzen van Zanten*) (‘aard’ en ‘ernst’).

belangen kunnen in sommige gevallen ook op een alternatieve wijze worden behartigd. Een dergelijk alternatief kan bijvoorbeeld bestaan als de schade ook op een andere manier kan worden verhaald of als de wederpartij heeft aangeboden de aantasting van de belangen op een andere manier te compenseren. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die haar belangen ook op een andere wijze kan behartigen. Het alternatief verkleint de noodzaak om deze partij te beschermen.

Niet ieder alternatief behartigt de betrokken belangen even goed. Sommige alternatieven behartigen het betrokken belang beter dan de onderhavige rechtsbetrekking. Andere alternatieven bewaken het betrokken belang precies even goed. In weer andere situaties is het onzeker of het alternatief de belangen werkelijk kan behartigen. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de schade ook op een alternatieve partij kan worden verhaald. De sterkte van dit alternatief hangt onder andere af van de financiële positie van deze partij. Het alternatief is sterk als deze positie erg sterk is. Het alternatief is zwak als deze partij (bijna) failliet is. Het antwoord op de vraag hoe geschikt het alternatief is, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hoe beter het alternatief de betrokken belangen behartigt, des te sterker beïnvloedt het de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Het uitoefenen van het alternatief is niet per definitie een gepastere manier om het belang te behartigen. Het alternatief oefent minder invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid als de uitoefening van het alternatief minder redelijk is dan de behartiging van het belang door de onderhavige rechtsbetrekking. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de schuldeiser de hoofdelijke schuldenaar aanspreekt die in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren aansprakelijk is voor het geheel of het grootste gedeelte. Deze schuldenaar kan minder bescherming aan het alternatief van de schuldeiser ontnemen dan de andere hoofdelijke schuldenaren. Het is immers redelijk dat deze schuldenaar betaalt.

De factor 'alternatief' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een verzekering aan de kant van de schuldeiser pleit voor matiging van de schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW.⁴⁷ Een verzekering aan de kant van de schuldenaar

47 Zie § 4.2. Art. 6:109 lid 1 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

pleit voor het beperken van de verjaring van een rechtsvordering.⁴⁸ De mogelijkheid voor de schuldeiser om op een andere manier een schadevergoeding te verkrijgen, pleit dan weer tegen de beperking van de verjaring.⁴⁹

De factor ‘alternatief’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De maatschappelijke betamelijkheid kan eisen dat de partijen bij de uitvoering van een overeenkomst rekening houden met de belangen van een niet-contractpartij. De redelijkheid van een eventueel aangeboden schadevergoeding beïnvloedt het antwoord op de vraag of de schending van deze plicht in een concreet geval een onrechtmatige daad oplevert.⁵⁰

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Het wijzigen van een overeenkomst is een alternatief voor vernietiging. Een dergelijke wijziging beperkt de mogelijkheden tot vernietiging in verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP*.⁵¹ De aansprakelijkheid van minderjarigen is in veel rechtsstelsels beperkt. In verschillende Europese rechtsstelsels en het *DCFR* is de minderjarige echter wel aansprakelijk als de gelaedeerde zijn schade niet op een ander kan verhalen.⁵²

Het bestaan van een alternatief vergroot de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Een verzekering stelt een partij bijvoorbeeld in staat om een ander voor de schade te laten opdraaien. De factor ‘alternatief’ vertoont een overlap met de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’.⁵³ De factoren benadrukken ieder een eigen aspect van de alternatieve mogelijkheid tot belangenbehartiging. De voorkeur voor een beroep op één van deze factoren is afhankelijk van het antwoord op de vraag welk aspect in de concrete situatie relevant is.

De factor ‘alternatief’ legt de nadruk op het *beperkte belang* van de eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval. Het maakt voor de partij die een ander voor haar schade kan laten opdraaien niet uit of zij aansprakelijk is. Zij draagt de schade immers toch niet. De factor legt de nadruk op de *in het concrete geval* door de partij afgesloten verzekering.

48 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*) en HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (*Eternit/Horsting*).

49 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*).

50 HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*). Deze omstandigheid is niet herhaald in HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59 (*Wierds/Visseren*).

51 De artt. 4:105 PECL, II.-7:203 DCFR en 3.2.10 UP, Hesselink 1999, p. 106-107, PECL 2000, p. 247-248 en DCFR 2010, p. 485-486. Zie ook de artt. 3:54 en 6:230 BW. Deze artikelen zijn in § 1.2.4 beschreven kristallisaties van de redelijkheid en billijkheid. Zie Vranken 1990, p. 489, Van Schaick 1993, p. 219 en Hesselink 1999, p. 107.

52 Art. VI.-3:103 (3) (a) DCFR en DCFR 2010, p. 3433-3434.

53 § 4.7.

De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' legt de nadruk niet op het belang. De factor legt de nadruk op de *mogelijkheden* om dit belang te behartigen. Het is hierbij niet noodzakelijk dat deze mogelijkheden nu nog bestaan. Een partij die de mogelijkheid had om zich tegen de schade in te dekken, verdient minder bescherming dan de partij die deze mogelijkheid nooit heeft gehad. De factor legt de nadruk op de *verzekerbareheid*.

De factoren overlappen elkaar gedeeltelijk. Een alternatief versterkt de mogelijkheden van de partij. Mogelijkheden tot belangenbehartiging hoeven echter *niet* tot een alternatief te leiden. Het is immers mogelijk dat een partij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Met andere woorden: ieder alternatief versterkt de mogelijkheden tot belangenbehartiging, maar niet iedere mogelijkheid leidt tot een alternatief.

Een beroep op de factor 'alternatief' is even direct als een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging'. Een alternatief vergroot de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Het alternatief kan echter het gevolg zijn van de sterke mogelijkheden tot belangenbehartiging. Een verzekering is bijvoorbeeld het gevolg van de verzekerbareheid.

Het beroep op de factor 'alternatief' is preciezer en daarom duidelijker. Het verduidelijkt dat de mogelijkheden werkelijk tot een alternatief hebben geleid. Het verduidelijkt dat de belangen van één van de partijen niet of slechts in verminderde mate in het geding zijn. De factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' zegt niet noodzakelijk iets over de daadwerkelijk betrokken belangen. Een beroep op de factor 'alternatief' verdient daarom de voorkeur als een beroep op beide factoren mogelijk is. Een beroep op de factor 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' verdient de voorkeur als een beroep op de factor 'alternatief' niet mogelijk is of als juist de *mogelijkheden* de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

Een alternatief kan de schade beperken. De factor vertoont daarom een overlap met de factor 'omvang belang'.⁵⁴ De factoren overlappen elkaar echter niet volledig. Het alternatief laat het belang van de partij bij de onderhavige rechtsbetrekking niet verdwijnen. De partij heeft om verschillende redenen toch een belang. Het is allereerst in het belang van de partij om haar belangen *zo snel mogelijk* veilig te stellen. De partij wil haar belangen direct behartigd zien, en dus niet pas na uitoefening van het alternatief. De partij heeft daarnaast een belang bij de rechtsbetrekking omdat de werkelijke waarde van het alternatief niet vaststaat. Bij de

54 § 6.2.1.

uitoefening van de alternatieve mogelijkheid kan blijken dat dit alternatief toch niet zo sterk is als aanvankelijk werd gedacht. De verzekeraar kan bijvoorbeeld failliet worden verklaard of om een andere reden niet uitkeren.

Dit betekent niet dat er in het geheel geen overlap bestaat tussen de beide factoren. De schuldeiser heeft nog steeds belang bij de rechtsbetrekking. Het alternatief *verkleint* het belang wel degelijk. Een beroep op de factor 'omvang belang' is directer. Het alternatief is relevant *omdat* het de schade van de partij verkleint. Een beroep op de factor 'alternatief' is echter duidelijker. Het beroep verduidelijkt *waarom* het belang van de partij beperkt is. Dit wordt niet duidelijk door alleen te kijken naar de rechtsbetrekking zoals deze in het geding is. Een combinatie van beide factoren verdient daarom de voorkeur.

De factor 'alternatief' vult de open plek tussen de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'omvang belang'. Uit deze paragraaf blijkt dat er op deze plek voldoende ruimte is voor factor met zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

6.2.4 Kenbaarheid

Een partij is verplicht rekening te houden met de belangen van haar wederpartij. De partij is hier echter alleen toe in staat als zij deze belangen werkelijk kent.

De werkelijke kennis van een partij is moeilijk te bewijzen.⁵⁵ De factor 'kenbaarheid' wordt daarom geobjectiveerd. De werking van de factor 'kenbaarheid' is niet alleen afhankelijk van de werkelijke kennis van een partij over de belangen van de wederpartij, zij is ook afhankelijk van het antwoord op de vraag of de partij deze belangen had moeten kennen. Zij is afhankelijk van de 'kenbare' belangen en de 'voorzienbare' schade.

De factor 'kenbaarheid' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De kenbare belangen en de voorzienbare schade beïnvloeden de eventuele beperking van de gevolgen van een bezwarend beding.⁵⁶ De kenbare belangen kunnen daarnaast

⁵⁵ Zie ook de §§ 4.5 en 4.6.

⁵⁶ HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*), HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*), HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*) en Rijken 1983, p. 194.

leiden tot de vernietigbaarheid van een beding in de algemene voorwaarden.⁵⁷

Ook de kenbare kans dat de aantasting van de belangen zich werkelijk verwezenlijkt, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zo is de omvang van mededelingsplichten onder andere afhankelijk van de kenbare belangen en de kans op de aantasting van deze belangen.⁵⁸ Ook hier is de *kenbaarheid* van deze kans van belang. Een partij is niet in staat om haar mededelingen af te stemmen op een risico waarvan zij zich niet bewust is.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is niet alleen afhankelijk van de kenbare belangen van de *andere* partij. Ook de *eigen* kenbare belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een partij die weet dat een transactie voor haar van groot belang is, heeft intensievere onderzoeksplichten.⁵⁹ De redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van een faillissement minder snel als een partij rekening had kunnen houden met de voor haar nadelige gevolgen van het faillissement.⁶⁰

De factor 'kenbaarheid' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De kenbare belangen⁶¹ en de kans op de aantasting van deze belangen⁶² beïnvloeden het antwoord op de vraag of een gedraging onrechtmatig is. De voorzienbaarheid van schade beïnvloedt daarnaast het oordeel of er sprake is van een causaal verband.⁶³

57 Art. 6:233 sub a BW. Dit artikel is, gelet op het woord 'onredelijk', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

58 Zie over de invloed van de kenbare belangen: Vranken 1989, p. 142, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 60 en 86 en Jansen 2012a, p. 158. Zie over de invloed van de kans dat de aantasting van de belangen zich verwezenlijkt: Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 60 en 86-88 en Legemaate 1999, p. 198, met verwijzingen naar lagere jurisprudentie. Een mededelingsplicht kan onder andere ontstaan in het kader van dwaling, een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Vergelijk daarnaast art. 7:448 lid 2, aanhef en sub b. Dit artikel is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

59 Jansen 2012a, p. 158.

60 HR 30 juni 1995, NJ 1995, 707 (*Royal Nederland/Van Kemenade q.q.*).

61 HR 10 december 1993, NJ 1994, 667 (*Van Ittersum/Rabobank*), HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (*Nederland/Shell*), Jansen & Van der Lely 1998, p. 47, Van den Akker 2001, p. 31-35 en 166, Jansen 2012a, p. 413 en Jansen 2013, p. 67.

62 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*) en Sieburgh 2000, p. 74.

63 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (*Gasbuis*), HR 25 mei 1990, NJ 1990, 577 (*Boukes/Schuurmans*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 345 (M.v.A. II) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 57, 59-60 en 69.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De voorzienbaarheid van schade beïnvloedt het antwoord op de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen in verschillende Europese rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR*.⁶⁴ De kenbaarheid van de bij de informatie betrokken belangen en de voorzienbaarheid van het vertrouwen op deze informatie beïnvloeden de aansprakelijkheid voor onjuiste mededelingen in verschillende Europese rechtsstelsels en het *DCFR*.⁶⁵

De factor 'kenbaarheid' vertoont een overlap met de factoren 'verwijtbare gedragingen' en 'kennis van een concreet feit'. De factor 'kenbaarheid' verdient de voorkeur om de in de §§ 3.2.1 en 4.5 besproken redenen.

Een beroep op de factor 'kenbaarheid' is helder. Een partij kan slechts rekening houden met kenbare belangen. Dit betekent niet dat niet-kenbare belangen geen rol spelen. Een partij die op een later tijdstip wordt geconfronteerd met de aantasting van belangen waar zij vooraf geen rekening mee had kunnen houden, dient haar gedrag wel degelijk op deze belangen af te stemmen. De factor 'kenbaarheid' beïnvloedt de eisen van de redelijkheid en billijkheid *voor* de werkelijke aantasting van de belangen.

6.3 Belangen van derden

Ook de belangen van derden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De kwalificatie van iemand als 'partij' of 'derde' verschilt per rechtsbetrekking. Een derde bij de ene rechtsbetrekking kan een partij zijn bij een, eventueel gerelateerde, andere rechtsbetrekking. De belangen van iemand die geen partij is bij een overeenkomst, zijn niet noodzakelijk de belangen van een derde.⁶⁶ De aantasting van deze belangen kan leiden tot het ontstaan van rechten en plichten *voor deze niet-contractpartij*. De niet-contractpartij, een derde bij de overeenkomst, is een *partij* bij de op deze manier ontstane rechtsbetrekking. De belangen van deze partij vallen onder de subcategorie 'belangen van de partijen bij een rechtsbetrekking'.⁶⁷ Slechts de belangen die invloed uitoefenen op de werking van de

64 De artt. 9:503 *PECL* en III.-3:703 *DCFR*, *PECL* 2000, p. 442-443 en *DCFR* 2010, p. 930-932.

65 Art. VI.-2:207 (b) *DCFR*, Jansen & Van der Lely 1998, p. 43-45, Van den Akker 2001, p. 11, 14, 17, 19-20, 23 en 31-32 en *DCFR* 2010, p. 3346-3347 en 3348-3354.

66 Zie ook § 3.3.

67 § 6.2.

redelijkheid en billijkheid in een rechtsbetrekking *waarbij de in haar belangen aangetaste partij geen partij is*, zijn de belangen van een derde.

Ik geef een voorbeeld. De gebrekkige uitvoering van een overeenkomst kan leiden tot de aantasting van de belangen van iemand die geen partij is bij de overeenkomst. Deze uitvoering kan een onrechtmatige daad ten opzichte van deze niet-contractpartij opleveren.⁶⁸ De niet-contractpartij is een derde bij de overeenkomst. Zij is daarnaast een partij bij de rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad.

Niet ieder belang van een ander dan één van de partijen bij de rechtsbetrekking is een belang van een 'derde'. De belangen moeten op een bijzondere manier bij de rechtsbetrekking betrokken zijn. Het moet gaan om de belangen van een *beperkte* groep. *Juist de onderhavige rechtsbetrekking moet specifiek deze belangen aantasten.* Ik behandel de invloed van de belangen van de hele maatschappij of een omvangrijk deel hiervan in § 6.4.

De factor 'belangen van derden' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De aspecten die de rol van de belangen van de *partijen* beïnvloeden, zijn ook van belang bij het bepalen van de invloed van de belangen van *derden*.⁶⁹ Ik geef enkele voorbeelden. De belangen van derden beïnvloeden de uitleg van een overeenkomst.⁷⁰ De omvang van een dergelijk belang speelt een rol. Het belang van de derde oefent meer invloed uit op de werking van een derde als het 'blijvend' of 'voortdurend' wordt aangetast.⁷¹ Ook de soort van het belang van de derde beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De aantasting van een fundamenteel recht van een derde, bijvoorbeeld het recht op informatie, leidt eerder tot de beperking van de gevolgen van de overeenkomst.⁷² Ten slotte

68 HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 (*Mooijman/Netjes*), HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (*Vleesmeesters/Alog*), HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (*Gebroeders Tuinbeheer*) en HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59 (*Wierds/Visseren*). Vergelijk ook Van den Akker 2001, p. 37-83 over de aansprakelijkheid van een accountant. Zie daarnaast HR 13 januari 1927, NJ 1927, 279 (*Gembo/Prins*) en Van den Brink 2002, p. 217 over de aansprakelijkheid voor het aangaan van een overeenkomst in strijd met de goede zeden.

69 Zie de §§ 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 en 6.2.4.

70 HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 (*DE NEGENDE VAN OMA*), HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (*ING/Muller q.q.*) en Tjittes 2009, p. 66 en 68. De belangen beïnvloeden de toepassing van de Haviltex-maatstaf. Deze maatstaf blijft van toepassing. Zie hierover HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (*ING/Muller q.q.*), HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 503 (*Buter q.q./Besix*), Tjittes 2009, p. 65-66 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 375.

71 HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 (*DE NEGENDE VAN OMA*). Vergelijk § 6.2.1.

72 Hof Amsterdam 24 februari 2009, NJ 2010, 657 (*Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal*). Vergelijk § 6.2.2.

kan een partij geen rekening houden met de belangen van derden als zij deze belangen niet kent en ook niet hoeft te kennen.⁷³

De factor 'belangen van derden' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De belangen van derden beïnvloeden het antwoord op de vraag of een overeenkomst in strijd is met de goede zeden. Zowel de omvang van de aantasting als de soort van het aangetaste belang beïnvloedt de beantwoording van deze vraag.⁷⁴ Het overdragen of beperken van een goed kan op grond van de artt. 3:86 lid 1 en 2, 88 lid 1 en 238 lid 2 BW de rechten, en dus de belangen, van derden beïnvloeden. Hiervoor is echter wel vereist dat deze rechten niet kenbaar zijn. Een onverplicht verrichte rechtshandeling is ten slotte op grond van de artt. 3:45 en 42 Fw vernietigbaar als zij leidt tot een kenbare beperking van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de handelende partij.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De belangen van derden kunnen de werking van de Duitse *Treu und Glauben* beïnvloeden.⁷⁵ Verschillende Europese rechtsstelsels en het DCFR beperken de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad als deze is ontstaan bij de bescherming van een belangrijk belang van een derde. Een belangrijk belang bestaat bijvoorbeeld uit het leven of de gezondheid van de derde.⁷⁶ *Severe hardship* van een derde kan in het Engelse recht leiden tot de afwijzing van een vordering tot *specific performance*.⁷⁷

Een rechtsbetrekking tussen twee partijen kan de belangen van een derde aantasten. Waarom zou dit de werking van de redelijkheid en billijkheid moeten beïnvloeden? Wat hebben de partijen met de derde te maken? Het enkele bestaan van een belang van een derde verduidelijkt niet waarom het belang juist nu wel of geen invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid heeft. Verschillende omstandigheden beïnvloeden de relevantie van de factor 'belangen van derden'.

In de eerste plaats kunnen, net zoals bij de subcategorie 'belangen van de partijen bij een rechtsbetrekking', verschillende aspecten de rol van de factor 'belangen van derden' in het concrete geval beïnvloeden. De aantasting van een 'fundamenteel' belang kan in een concreet geval

73 Vranken 1997b, p. 916-917. Vergelijk § 6.2.4.

74 Van den Brink 2002, p. 90 en 216-219. Zie over de invloed van de belangen van derden ook Petit 1920, p. 272-281 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 344.

75 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 151 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 55.

76 Art. VI.-5:202 (3) en DCFR 2010, p. 3675-3680

77 Hesselink 1999, p. 309 en Burrows 2004, p. 498.

bijvoorbeeld 'omvangrijke' gevolgen hebben.⁷⁸ Het ontbreken van een relevant belang of het bestaan van een alternatief pleit juist tegen de invloed van het belang van de derde.⁷⁹ De partijen bij een rechtsbetrekking kunnen slechts rekening houden met het belang van de derde als dit belang kenbaar is.⁸⁰ Een duidelijk beroep op de factor 'belangen van derden' vereist in dergelijke gevallen een beschrijving van de relevante aspecten.

Daarnaast kunnen andere factoren het gewicht van de factor 'belangen van derden' beïnvloeden.⁸¹ Dit zijn factoren waar de partijen bij de rechtsbetrekking invloed op kunnen uitoefenen. Een overheid moet bijvoorbeeld rekening houden met de belangen van burgers. Dit zorgt voor een overlap met de factor 'overheid'.⁸² De belangen van de derde spelen daarnaast een grotere rol als de overeenkomst het doel heeft om de belangen van een derde te behartigen of een derdenbeding bevat. Dit zorgt voor een overlap met de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'.⁸³ Een beroep op de factor 'overheid' of de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' verdient de voorkeur. Juist dit beroep verduidelijkt *waarom* de belangen van de derde een grotere rol spelen in het concrete geval.

Ook het *eigen* recht van de 'derde' beperkt de zelfstandige invloed van de factor. Ik heb in deze paragraaf al gewezen op de mogelijke vordering uit onrechtmatige daad van een 'niet-contractpartij'. Dergelijke vorderingen verkleinen de noodzaak om de belangen van de derden te beschermen door middel van een werking van de redelijkheid en billijkheid in een rechtsbetrekking tussen twee andere partijen.

De invloed van een belang van een derde kan ten slotte afhankelijk zijn van de andere betrokken belangen. De factor 'belangen van derden' vertoont daarom een overlap met de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'. Ik bespreek deze overlap in § 7.3.3.

De factor 'belangen van derden' speelt slechts een zelfstandige rol als de rechtsbetrekking de belangen van de derde in het concrete geval op een bijzondere manier aantast. De in de §§ 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 en 6.2.4 behandelde aspecten spelen hierbij een verduidelijkende rol. Een beroep op de factoren waar de partijen bij de rechtsbetrekking zelf invloed op

78 Vergelijk de §§ 6.2.1 en 6.2.2.

79 Vergelijk de §§ 6.2.1 en 6.2.3.

80 Vergelijk § 6.2.4.

81 Vergelijk Vranken 1997b, p. 718.

82 HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (*Van der Meer/Smilde*) en § 4.3.

83 Tjittes 2009, p. 68 en § 5.3.2.

kunnen uitoefenen, verdient in andere gevallen de voorkeur. Deze factoren verklaren de relevantie van de belangen van de derde als deze belangen niet op een bijzondere manier worden aangetast.

6.4 Algemene belangen

Een ‘algemeen belang’ is een belang van de hele maatschappij of een omvangrijk gedeelte van de maatschappij.⁸⁴ De redelijkheid en billijkheid beschermt deze algemene belangen. Ik geef in deze paragraaf een algemene beschouwing van de factor ‘algemene belangen’. Vervolgens behandel ik enkele bijzondere algemene belangen. Deze belangen verdienen een aparte behandeling om de aandacht die zij krijgen in de literatuur en de jurisprudentie en om hun bijzondere invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik bespreek achtereenvolgens de rol van rechtszekerheid (§ 6.4.1), publiekrechtelijke belangen (§ 6.4.2), gedragsprikkels (§ 6.4.3) en het belang van het handelsverkeer (§ 6.4.4).

De factor ‘algemene belangen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Het maatschappelijke belang van de werkgelegenheid kan tegen de opzegging van een overeenkomst pleiten.⁸⁵ De aspecten die de rol van de belangen van de *partijen* beïnvloeden, zijn ook van belang bij het bepalen van de invloed van de *algemene* belangen.⁸⁶ De redelijkheid en billijkheid kan de verplichting tot ongedaanmaking van een nietige overeenkomst beperken.⁸⁷ De *mate* waarin de nietige overeenkomst het algemene belang aantast en de mogelijkheid om het belang op een *alternatieve* wijze te beschermen, bijvoorbeeld door middel van publiekrechtelijke sancties, beïnvloeden deze eventuele beperking.⁸⁸

De factor ‘algemene belangen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Het Burgerlijk Wetboek verbindt op verschillende plaatsen gevolgen aan de aantasting van een algemeen belang.⁸⁹ Een curator moet bij de uitoefening van zijn taak rekening houden met algemene

84 Zie over de definitie van een ‘algemeen belang’ uitgebreider Dommering 1982, p. 2-6.

85 Hof Arnhem 18 februari 2003, *JOR* 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*).

86 Zie de §§ 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 en 6.2.4.

87 HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 787 (*Verkerk/Van der Veen q.q.*).

88 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 635. Vergelijk de §§ 6.2.1 en 6.2.3.

89 Zie bijvoorbeeld de artt. 5:78 sub b, 6:168 lid 1 en 259 lid 1 sub a en 7:319 lid 1 sub e, 325 lid 4 en 345 lid 4 BW. Vergelijk in de context van de redelijkheid en billijkheid ook de artt. 3:12, 168 lid 2 en 185 lid 1 BW. De artt. 3:168 lid 2 en 185 lid 1 BW zijn, gelet op het woord ‘billijkheid’, in § 1.2.3 beschreven preciseringen van de redelijkheid en billijkheid.

belangen.⁹⁰ Onteigening vereist op grond van art. 14 Gw de bescherming van een algemeen belang.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Algemene belangen beïnvloeden de werking van de Duitse *Treu und Glauben*.⁹¹ Art. 1 Eerste Protocol EVRM stelt onteigening afhankelijk van het bestaan van een algemeen belang. Verschillende Europese rechtsstelsels en het DCFR beperken de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad als deze aansprakelijkheid is ontstaan bij het beschermen van de fundamentele waarden van een democratische maatschappij. Een dergelijke situatie kan zich voordoen bij het verspreiden van informatie via de media.⁹² De aansprakelijkheid wordt dus slechts beperkt bij de bescherming van bepaalde 'soorten' algemeen belang.

De invloed van een algemeen belang kan afhankelijk zijn van de andere betrokken belangen. De factor 'algemene belangen' vertoont daarom een overlap met de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'. Ik bespreek deze overlap in § 7.3.3.

Verschillende factoren beïnvloeden de rol en het gewicht van de relevante algemene belangen. Ik behandel in de volgende paragrafen verschillende overlappingsen tussen deze factoren en specifieke algemene belangen. Uit deze paragrafen blijkt dat de algemene belangen zelfstandige invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze invloed dient echter niet te worden overschat. Verschillende kenmerken van de algemene belangen verkleinen de invloed van de factor 'algemene belangen' en zijn subfactoren.

De redelijkheid en billijkheid beschermt een grote verscheidenheid aan algemene belangen. Een enkel beroep op 'het algemeen belang' verduidelijkt om deze reden niet. Een duidelijk beroep op de factor 'algemene belangen' vereist een beschrijving van het belang dat bij het concrete geval is betrokken.

De grote verscheidenheid aan algemene belangen heeft ook verderstrekkende gevolgen. Het is altijd mogelijk om *een* algemeen belang te noemen dat betrokken is bij het concrete geval. Het schrappen van een

90 HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*).

91 Staudinger/Looschelders/Olzen 2009, § 242, nr. 151 en MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012, § 242, nr. 55 en 110.

92 Art. VI-5:203 DCFR en DCFR 2010, p. 3681-3689.

arbeidsplaats beïnvloedt bijvoorbeeld het algemene belang van de werkgelegenheid, een arbitrageclausule beperkt het algemene belang van toegang tot de rechter en een concurrentiebeding tast het belang van het handelsverkeer aan.

Daarnaast kunnen verschillende algemene belangen voor verschillende uitkomsten pleiten. Een werking van de redelijkheid en billijkheid kan een algemeen belang beschermen. Dezelfde werking leidt echter tot de aantasting van een ander algemeen belang. Het schrappen van een arbeidsplaats tast bijvoorbeeld het algemene belang van de werkgelegenheid aan. Dit belang pleit voor het beperken van de mogelijkheden tot ontslag. Het belang van het handelsverkeer pleit echter tegen deze beperking. Het eist dat ondernemers hun bedrijfsvoering kunnen aanpassen aan veranderende economische omstandigheden. De bescherming van een algemeen belang door een werking van de redelijkheid en billijkheid leidt zelfs *altijd* tot de aantasting van een ander algemeen belang. Zij tast immers het algemene belang van 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' aan.⁹³

De aantasting van het algemene belang is in veel gevallen beperkt. Het schrappen van één arbeidsplaats tast het belang van de werkgelegenheid aan. Wat is echter het gewicht van dit belang in vergelijking met het gewicht van het persoonlijke belang van de ontslagen werknemer? Een beroep op de factor 'omvang belang' verdient in een dergelijk geval de voorkeur.⁹⁴ Een beroep op het algemene belang van de werkgelegenheid verduidelijkt in dit geval niet. Het leidt de aandacht slechts af van de echt relevante factoren. De algemene belangen leggen in dit soort gevallen in theorie nog *enig* gewicht in de schaal voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit gewicht is in praktisch opzicht echter verwaarloosbaar.

Algemene belangen zien niet alleen op de gevolgen voor de direct betrokken partijen. Zij zien op de gevolgen voor een grote groep belanghebbenden. Ze hebben bijvoorbeeld betrekking op een bepaalde sector, alle werknemers en werkzoekenden of 'het handelsverkeer'.⁹⁵ De *werkelijke* aantasting van deze belangen door de rechtsbetrekking is niet altijd vast te stellen.

Algemene belangen dienen de werking van de redelijkheid en billijkheid slechts te beïnvloeden als er duidelijke aanwijzingen bestaan

⁹³ § 6.4.1.1.

⁹⁴ § 6.2.1.

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld de artt. 7:319 lid 1 sub e, 325 lid 4 en 345 lid 4 BW over de belangen van de landbouw, de noten 85 en 90 over het belang van de werkgelegenheid en § 6.4.4 over de belangen van het handelsverkeer.

dat deze belangen werkelijk worden aangetast. Wat is er nodig is voor een 'duidelijke aanwijzing'? De betrokkenen bij een concrete rechtsbetrekking hebben niet noodzakelijk de beschikking over gegevens die zekerheid verschaffen over de aantasting van het belang. Zij kunnen daarom niet buiten het gebruik van gezond verstand. Vergezochte redeneringen en wilde speculaties zijn echter een brug te ver. Zij leiden niet tot een duidelijke en voorspelbare werking van de redelijkheid en billijkheid.

Verschillende kenmerken van 'het algemeen belang' pleiten voor een terughoudend gebruik van de factor 'algemene belangen' en zijn subfactoren. Een beroep op één van de factoren verdient slechts de voorkeur bij een *duidelijke* en *substantiële* aantasting van een *specifiek* algemeen belang. De verschillende subfactoren bezitten de kenmerken niet in dezelfde mate. Ik kom hier bij de behandeling van deze factoren op terug.

6.4.1 Twee vormen van rechtszekerheid

Het algemene belang van de rechtszekerheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het begrip 'rechtszekerheid' is echter niet eenduidig. Onder de noemer rechtszekerheid vallen twee verschillende algemene belangen.⁹⁶ Beide belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij staan hierbij tegenover elkaar.

Ik behandel in § 6.4.1.1 de invloed van het algemene belang van de 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'. De deelnemers aan het maatschappelijk leven hebben belang bij duidelijkheid over hun rechten en plichten. Deze rechten en plichten blijken uit rechtsnormen en overeenkomsten. Een partij moet kunnen vertrouwen op de toepassing en afdwingbaarheid van deze regels en afspraken. De uitspraak van de rechter in een eventueel proces dient voorspelbaar te zijn. Dit is niet mogelijk als een rechtsnorm of een overeenkomst op ieder moment buiten spel kan worden gezet. Een dergelijke onvoorspelbaarheid tast de algemene belangen aan. Rechtsonzekerheid zou kunnen leiden tot meer en duurdere rechterlijke procedures en het achterwege laten van economisch nuttige activiteiten.⁹⁷

Ik bespreek in § 6.4.1.2 de invloed van het algemene belang van 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming'. Het recht reguleert de

96 Zie ook Abas 1972, p. 8, Pitlo 1972, p. 79, Drion 1981, p. 3, Vranken 1997a, p. 6-11, Mendel 2000, p. 140-141 en Keus 2011, p. 810.

97 Houwing 1947, p. 13-15, Stein 1969, p. 314-316, Pels Rijcken 1979, p. 312, Drion 1981, p. 1-3, Brunner 1988, p. 460, Mendel 2000, p. 140 en Ponsioen 2011, p. 366. Zie ook de 'inleiding en vraagstelling'.

samenleving. Het beschermt de gerechtvaardigde belangen en verwachtingen van de deelnemers aan het maatschappelijk leven. Een goed functionerende maatschappij vereist dat de deelnemers kunnen vertrouwen op deze bescherming. Een strikte toepassing van de rechtsnormen biedt deze bescherming niet altijd. Zij biedt bijvoorbeeld niet noodzakelijk bescherming tegen een schending van vertrouwen,⁹⁸ de plotselinge afname van een recht⁹⁹ of onfatsoenlijk gedrag.¹⁰⁰

6.4.1.1 Rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ pleit voor duidelijkheid over de rechten en plichten van de partijen. Hij pleit voor een duidelijke toepassing van rechtsnormen. Hij pleit daarnaast voor de afgesproken rechtsgevolgen van een overeenkomst. Dergelijke duidelijkheid is niet mogelijk als ‘alle omstandigheden van het geval’ ertoe kunnen leiden dat de normen en afspraken op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing worden gelaten. Er bestaat een *spanning* tussen de rechtszekerheid en een billijke oplossing in het concrete geval. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ verzet zich tegen een al te grote invloed van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰¹

Er bestaat echter geen *tegenstelling* tussen de rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid en de redelijkheid en billijkheid. De rechtszekerheid is een algemeen belang. Het beïnvloedt in deze hoedanigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid. Rechtvaardig recht is duidelijk recht.¹⁰² Een werking van de redelijkheid en billijkheid die de rechtszekerheid onaanvaardbaar aantast, is niet *redelijk en billijk*.

De redelijkheid en billijkheid maakt het recht minder duidelijk en voorspelbaar. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ pleit dan ook standaard tegen de werking van de redelijkheid en

98 Vranken 1997a, p. 8. Zie ook de §§ 3.2.2, 4.6, 5.2.2 en 5.2.3.

99 Snijders 1999, p. 564 en Keus 2011, p. 810.

100 Abas 1972, p. 185, Mendel 2000, p. 141 en Wendt 2011, p. 132. Zie ook § 3.2.1.

101 Zie bijvoorbeeld *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1033 (T.M.), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 57 (Handelingen II), Stein 1969, p. 314, Abas 1972, p. 6-9, Rijken 1983, p. 208-209, Brunner 1988, p. 459-460, Vranken 1990, p. 489, Rijken 1994, p. 69, Lindenbergh 1999, p. 406, Wiarda/Koopmans 1999, p. 77, Van den Brink 2002, p. 61, Schelhaas 2008, p. 150, Van Rossum 2011a, p. 10, Van Rossum 2011b, p. 117, Wendt 2011, p. 131, Snijders 2012, p. 771, Spierings 2012, p. 92 en Wissink 2012b, p. 42. Zie ook de noten 113 en 117. Verschillende auteurs nuanceren deze spanning. Zie Nieuwenhuis 2007, p. 89 en Memelink 2009, p. 51.

102 Vergelijk Pels Rijcken 1979, p. 313, Drion 1981, p. 1, Smith 1998, p. 182, Snijders 2005, p. 6 en Sieburgh 2011b, p. 212.

billijkheid.¹⁰³ Hij pleit tegen het aannemen van een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering van aandeelhouders zonder dat hier een wettelijke of statutaire rechtvaardiging voor bestaat,¹⁰⁴ tegen de beperking van (een beroep op) de verjaring van een rechtsvordering¹⁰⁵ en tegen het aannemen van een verzekeringsplicht voor de werkgever op grond van art. 7:611 BW.¹⁰⁶

De aantasting van het algemene belang van de ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ is minder ingrijpend wanneer het duidelijk is waarom de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval op een bepaalde manier werkt. Een enkel beroep op de redelijkheid en billijkheid verduidelijkt niet. De redelijkheid en billijkheid is hiervoor te breed toepasbaar.¹⁰⁷ Zij kan op teveel verschillende manieren werken en is afhankelijk van teveel verschillende omstandigheden.

De aantasting van de duidelijkheid van het recht is kleiner als de relevante factoren worden genoemd.¹⁰⁸ Deze verkleining is echter beperkt. Het enkele noemen van de factoren verduidelijkt slechts *dat* ze van belang zijn. Het verduidelijkt niet *hoe groot* hun invloed in het concrete geval is. Dit speelt vooral nu een beroep op verschillende factoren *altijd* mogelijk is.¹⁰⁹ Daarnaast is de invloed van iedere factor niet even duidelijk. Het enkele noemen van de relevante factoren of omstandigheden leidt niet tot duidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid. De kritiek van Barendrecht is sprekend. Hij beschrijft de motivering van een beslissing tot de beperking van de gevolgen van een exonerationclausule als “een machtswoord gekoppeld aan de vaststelling van de feiten.”¹¹⁰

Deze bezwaren zijn, ten minste gedeeltelijk, weg te nemen met een duidelijke motivering. Ik heb in § 1.5.4 beschreven dat een beroep op de duidelijke en directe factoren de voorkeur verdient. Een goed gemotiveerd

103 Zie ook de §§ 1.3.4 en 1.6.

104 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO).

105 HR 3 november 1995, NJ 1998, 380 (Van B/Diaconessenarbeid), HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/Koninklijke Schelde) en HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (De Jong/Optimodal).

106 HR 11 november 2011, NJ 2011, 597 (TNT/Wijenberg), HR 11 november 2011, NJ 2011, 598 (De Rooyse Wissel/Hagens) en Jansen & Loonstra 2012, p. 15-16. Art. 7:611 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

107 Vergelijk Barendrecht 1992, p. 69, Hesselink 1999, p. 419-421 en Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel***), nr. 29 en 38.

108 De §§ 2.4 en 2.5.

109 Zie de §§ 2.2, 2.3.1, 2.5, 2.5.1, 3.2 en 5.3.2.

110 Barendrecht 1992, p. 12. Vergelijk ook Barendrecht 1992, 75-76, Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel***), nr. 29 en Van den Brink 2012a, p. 2.

beroep vereist daarnaast een omschrijving van de invloed van deze factoren in het concrete geval. Waarom zijn de factoren van belang? Hoe beïnvloeden zij de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval? Welke factoren leggen in het concrete geval het meeste gewicht in de schaal? Een duidelijke motivering verkleint de door de redelijkheid en billijkheid veroorzaakte rechtsonzekerheid.¹¹¹

Een duidelijke motivering kan de aantasting van de ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ niet volledig voorkomen. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de beoordeling van de omstandigheden van het geval. Deze beoordeling blijft subjectief. Een andere partij kan tot een ander oordeel komen.¹¹²

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Er bestaat ook een spanning tussen andere open normen en de rechtszekerheid.¹¹³ Ook de motivering van een beslissing op grond van een andere open norm is niet altijd voldoende duidelijk.¹¹⁴ De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ pleit daarnaast voor een restrictieve uitleg van de wet. Hij pleit onder andere voor een beperkt bereik van het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 BW¹¹⁵ en de verboden van art. 2:207c BW.¹¹⁶

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De spanning tussen de rechtszekerheid en open normen is niet beperkt tot het Nederlandse recht.¹¹⁷ De (on)duidelijkheid van een beslissing op grond van *good faith* beïnvloedt de discussie over de rol van dit leerstuk in *common law*-stelsels. Deze (on)duidelijkheid wordt niet alleen gebruikt als argument tegen het invoeren van een *doctrine of good faith*.¹¹⁸ Verschillende schrijvers noemen een motivering op grond van *good faith* juist duidelijker. Een dergelijke motivering zou transparanter zijn dan de gerelateerde *common law*-leerstukken.¹¹⁹ De factor beïnvloedt daarnaast de doorwerking van

111 Vergelijk ook Sieburgh 2011b, p. 208-210.

112 § 1.6.

113 Houwing 1947, p. 12, Barendrecht 1992, p. 66-68, Van Zaltbommel 1993, p. 25, Smith 1998, p. 5, Bartels & Milo 2000, p. 2, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 95, Memelink 2009, p. 51, 57-58 en 64-68, Aronstein 2011b, p. 4 en 58 en Sieburgh 2011b, p. 208.

114 Barendrecht 1992, p. 12 en 75-76, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 29 en Memelink 2009, p. 58, 61-64 en 69-71.

115 HR 19 november 1993, NJ 1994, 259 (*Willems/Rabobank*), HR 29 november 2002, NJ 2003, 152 (*Zijlstra/Rabobank*), HR 13 juni 2003, NJ 2003, 519 (*F/Bank of Nova Scotia*), Ponsioen 2011, p. 371 en Jansen & Loonstra 2012, p. 6.

116 HR 7 mei 2004, NJ 2004, 360 (*Muller q.q./Rabobank*) en Jansen & Loonstra 2012, p. 6.

117 Zie onder andere Bridge 1984, p. 409 en Hesselink 1999, p. 41, 53 en 417.

118 Zie in deze zin bijvoorbeeld Bridge 1984, p. 412-413 en Bridge 1999, p. 148-150.

119 Brownsword 1999, p. 26-27 en Wightman 1999, p. 51.

het recht van de Europese Unie in de nationale rechtsstelsels. De rechtszekerheid beperkt bijvoorbeeld de terugwerkende kracht van een prejudicieel arrest.¹²⁰ De factor stelt daarnaast grenzen aan de plicht en bevoegdheid tot richtlijnconforme interpretatie.¹²¹

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Ook de factoren ‘rechtsbeginselen’ en ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ pleiten standaard tegen de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹²² Een beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ verdient om de in § 2.5.1 besproken redenen niet de voorkeur. Ook een beroep op de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ verdient niet de voorkeur. Een overeenkomst heeft ook verbindende kracht als de partij niet vertrouwt op haar wederpartij. Sterker nog: juist het gebrek aan vertrouwen schept de behoefte aan een juridisch bindende overeenkomst. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ vertoont deze gebreken niet en verdient daarom de voorkeur.

Verscheidene factoren beïnvloeden het gewicht van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ in een concreet geval. Eerdere rechterlijke uitspraken verkleinen de aantasting van de rechtszekerheid in vergelijkbare gevallen.¹²³ De factor legt daarnaast minder gewicht in de schaal als de mogelijkheid van de werking blijkt uit een wettelijke bepaling. De aantasting van de rechtszekerheid is juist groter als de in zijn gevolgen beperkte norm, of het rechtsgebied waarvan deze norm deel uitmaakt, het doel heeft om de rechtszekerheid te beschermen.¹²⁴ De factor legt ten slotte meer gewicht in de schaal als de partijen professioneel zijn of als de rechtsbetrekking deel uitmaakt van ‘het handelsverkeer’.¹²⁵

De factoren die het gewicht van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ in een concreet geval beïnvloeden, verduidelijken de rol van de factor in het concrete geval. Zij maken duidelijk waarom de factor in het concrete geval meer of minder gewicht in de schaal legt. Een beroep op deze factoren mag daarom niet ontbreken.

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ blijft echter de uiteindelijk relevante factor. Deze factor pleit tegen een werking

120 HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75 (*Defrenne*), HvJ EG 17 mei 1990, nr. C-262/88 (*Barber*) en Keus 2011, p. 811-812.

121 § 2.5.3.

122 De §§ 1.3.4, 1.6, 2.5.1 en 3.2.2.

123 § 2.4.

124 § 2.5.

125 De §§ 4.2 en 6.4.4.

van de redelijkheid en billijkheid. De andere factoren bepalen slechts *hoe sterk* de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ tegen deze werking pleit. Een combinatie van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ en de factoren die het gewicht in een concreet geval beïnvloeden, verdient daarom de voorkeur.

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ neemt een sleutelpositie in. Hij heeft een stabiliserende invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De factor verzekert dat de redelijkheid en billijkheid meer is dan *Einzelfallgerechtigkeit*. Hij pleit tegen een te frequente toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De factor voorkomt op deze manier dat de toepassing van de redelijkheid en billijkheid leidt tot een van de wet losstaande kadi-rechtspraak.

6.4.1.2 Rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming

De wet verleent de partijen bij een rechtsbetrekking niet noodzakelijk de bescherming die zij in een concreet geval verdienen. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming’ pleit voor een werking van de redelijkheid en billijkheid die deze leemte opvult.

Ik geef enkele voorbeelden. Een partij moet erop kunnen vertrouwen dat het recht bescherming biedt tegen onredelijke exoneratieclausules.¹²⁶ De redelijkheid en billijkheid kan de verplichting tot ongedaanmaking van een nietige overeenkomst beperken.¹²⁷ De rechtsbescherming van de burger tegen een overheid die een publiekrechtelijke regeling doorkruist, kan hiervoor pleiten.¹²⁸

De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Het rechtszekerheidsbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het beschermt de burger tegen een willekeurig optreden van de overheid.¹²⁹ De rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming speelt daarnaast een rol in het internationale privaatrecht. De rechtszekerheid pleit voor de bescherming van de wederpartij van een failliete partij. De door een buitenlandse curator in Nederland ingestelde faillissementspauliana dient zowel aan de eisen van de *lex concursus* als aan de eisen van de *lex causae* te worden

126 Rijken 1983, p. 149-150.

127 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 (*Verkerk/Van der Veen q.q.*).

128 Sieburgh 2004, p. 45-47.

129 Kobussen 1991, p. 111-112. Zie ook Drion 1981, p. 3, Mendel 2000, p. 140 en Sieburgh 2004, p. 45.

getoetst. De wederpartij van de failliet hoeft niet bedacht te zijn op de minder strenge eisen van andere rechtsstelsels dan de *lex causae*.¹³⁰

De factor speelt ook een rol in het recht van de Europese Unie. Een burger moet zijn door het gemeenschapsrecht verleende rechten te gelde kunnen maken. Fatale termijnen zijn toegestaan. De rechtszekerheid verzet zich echter tegen termijnen die de uitoefening van een recht onmogelijk of uiterst moeilijk maken.¹³¹

Het recht biedt niet altijd dezelfde mate van bescherming. Het biedt bijvoorbeeld geen bescherming aan de schuldeiser die zijn vordering laat verjaren. De redelijkheid en billijkheid verzet zich zelfs tegen de uitoefening van een recht als de schuldeiser het vertrouwen heeft opgewekt dat hij het recht niet meer zal uitoefenen.¹³² Wanneer tast het ontbreken van rechtsbescherming het algemeen belang aan? In welke gevallen biedt de redelijkheid en billijkheid extra bescherming?

De beantwoording van deze vragen leidt tot een nieuwe zoektocht naar de omstandigheden van het geval. De redelijkheid en billijkheid biedt bijvoorbeeld extra bescherming aan keurige, ondeskundige consumenten en minder bescherming aan onfatsoenlijke, deskundige professionele partijen. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming' vertoont daarom een overlap met de factoren 'verwijtbare gedragingen', 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'deskundigheid'.¹³³

Een beroep op de achterliggende factoren is direct. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* de achterliggende factoren hiervoor pleiten. Een beroep op de achterliggende factoren is daarnaast duidelijk. Deze factoren verklaren *waarom* de extra bescherming redelijk en billijk is. Een beroep op de achterliggende factoren dient daarom niet te ontbreken.

Een beroep op de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming' kan duidelijk zijn. De achterliggende factoren pleiten in veel gevallen voor de bescherming van de belangen *van een partij bij de rechtsbetrekking*. Een beroep op de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming' verduidelijkt dat er ook andere belangen bij het geval zijn betrokken. Het maakt duidelijk dat de achterliggende factoren in dit geval ook pleiten voor een bescherming van de algemene belangen. Een

130 HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 316 (*Gustafsen q.q./Mosk*) en Ponsioen 2011, p. 370. Zie ook art. 13 Verordening (EG) 1346/2000 (insolventieprocedures).

131 HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-208/90 (*Emmott*), HvJ EG 16 mei 2000, nr. C-78/98 (*Preston*) en Keus 2011, p. 811 en 814.

132 § 3.2.2.

133 De §§ 3.2.1, 4.2 en 4.4.

combinatie van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming’ en de achterliggende factoren verdient daarom de voorkeur.

Een dergelijke combinatie verdient echter alleen de voorkeur bij een *duidelijke* en *substantiële* aantasting van het belang van de rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming *naast* de aantasting van de belangen van de betrokken partijen.¹³⁴ Een onredelijke exoneratieclausule leidt slechts tot een beperkte aantasting van dit algemene belang. De belangen van de betrokken partijen zijn groter. De invloed van de factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming’ op de werking van de redelijkheid en billijkheid is in een dergelijk geval eerder theoretisch dan substantieel.

6.4.2 Publiekrechtelijke belangen

‘Publiekrechtelijke belangen’ zijn algemene belangen die in de eerste plaats door de overheid worden behartigd. Een publiekrechtelijk belang kan bijvoorbeeld bestaan uit de beschikbaarheid van betaalbare huurwoningen of uit de instandhouding van een veilig stadscentrum. De overheid kan deze belangen behartigen door middel van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen. Deze belangen beïnvloeden in een dergelijk geval de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Ik geef enkele voorbeelden. De behartiging van de maatschappelijke belangen kan leiden tot een beleidswijziging op grond van onvoorziene omstandigheden. De aard en het gewicht van deze belangen beïnvloeden de toepassing van art. 6:258 lid 1 BW. Zij kunnen pleiten voor de beperking van de vordering tot de nakoming van een verplichting van de overheid.¹³⁵ Publiekrechtelijke belangen beïnvloeden daarnaast het antwoord op de vraag of de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid door de overheid in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.¹³⁶ Ten slotte is de weigering van toestemming tot splitsing in appartementsrechten door een gemeente niet zonder redelijke grond als zij huisvestingsbelangen dient.¹³⁷

134 Vergelijk § 6.4.

135 HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (*Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein*) en Kobussen 1991, p. 251-253. Vergelijk ook HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (*Den Dulk/Curaçao*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 453.

136 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (*Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*) en HR 7 mei 2004, NJ 2005, 23 (*Heerde/Goudsmit*). Vergelijk ook HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151 (*Nederland/Huizen*).

137 HR 23 december 1976, NJ 1977, 409 (*Reggezuid/Amsterdam*) Art. 5:106 lid 7 BW is, gelet op het woord ‘redelijke’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘publiekrechtelijke belangen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De belangen van de openbare orde en veiligheid beïnvloeden de onrechtmatigheid van een gedraging. Een gemeente die, tegen de wil van de eigenaar van het pand, gas, water en elektriciteit levert aan krakers, handelt niet onrechtmatig.¹³⁸ Publiekrechtelijke belangen zouden daarnaast op grond van art. 6:168 lid 1 BW kunnen leiden tot de afwijzing van een vordering tot een verbod van een onrechtmatige gedraging.¹³⁹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Zo beperken de publiekrechtelijke belangen de mogelijkheden tot *estoppel* in het Engelse recht.¹⁴⁰ Daarnaast behartigen, zowel in Nederland als in andere rechtsstelsels, publiekrechtelijke normen de publiekrechtelijke belangen.

De factor ‘publiekrechtelijke belangen’ vertoont een overlap met de factoren ‘overheid’ en ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’. Een beroep op de factor ‘publiekrechtelijke belangen’ verdient om de in de §§ 4.3 en 5.3.2 besproken redenen de voorkeur.

De redelijkheid en billijkheid is slechts één van de rechtsnormen die publiekrechtelijke belangen behartigt. Een uitgebreid netwerk van publiekrechtelijke bevoegdheden leidt ook tot de behartiging van deze belangen. Deze bevoegdheden verkleinen de behoefte aan extra bescherming op grond van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘publiekrechtelijke belangen’ verdient in veel gevallen de voorkeur als een privaatrechtelijke rechtsbetrekking, ondanks deze publiekrechtelijke bevoegdheden, tot de aantasting of behartiging van publiekrechtelijke belangen leidt. De aantasting van een *specifiek* publiekrechtelijk belang is in veel gevallen namelijk *duidelijk* en *substantieel*.¹⁴¹

Verschillende *specifieke* belangen vallen onder de factor ‘publiekrechtelijke belangen’. Een specifiek publiekrechtelijk belang kan bijvoorbeeld bestaan uit de beschikbaarheid van geschikte mogelijkheden tot de verwarming van woningen.¹⁴² Het specifieke karakter van een dergelijk belang maakt de aantasting *duidelijk*. De aantasting van het belang is duidelijk als de rechtsbetrekking de ontwikkeling van een betrouwbare en betaalbare bron van verwarming belet. De aantasting van het *algemene* belang is bovendien *substantieel*. De aantasting beïnvloedt ook anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking. De verantwoordelijke overheid

138 HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 (*Breda/Nijs*).

139 Kobussen 1991, p. 251.

140 Chitty/Mitchell 2012, nr. 10-046 en 10-048.

141 Vergelijk § 6.4.

142 Vergelijk de casus van HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (*Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein*).

heeft natuurlijk een belang bij het bestaan van de verwarming. De verwarming is echter *vooral* in het belang van de burgers die er gebruik van moeten gaan maken.

6.4.3 Gedragsprikkels

Het recht stimuleert partijen om op een bepaalde manier te handelen. Goed recht prikkelt tot handelingen die tot een betere samenleving leiden. Een gedragsprikkel is dus geen zelfstandig algemeen belang. Een prikkel *stimuleert* het algemeen belang en is daarom *in* het algemeen belang.

Barendrecht stelt dat een open norm niet in staat lijkt om het gedrag van partijen te beïnvloeden.¹⁴³ Deze stelling is onjuist. Natuurlijk: scherpe normen bieden duidelijkere richtlijnen dan een afweging van alle omstandigheden van het geval. Dit betekent echter niet dat er geen enkele prikkel van de redelijkheid en billijkheid uitgaat. De eerdere relevantie van een omstandigheid waarschuwt de partijen voor haar invloed. Ook zonder scherpe regel weten de partijen dat zij niet onbehoorlijk mogen handelen en het door hen opgewekte vertrouwen niet mogen beschamen. Het vage karakter van dit voorschrift verkleint het gedragsprikkelende effect; het laat het echter niet verdwijnen.

De factor 'gedragsprikkels' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid werkt in het nadeel van de partij die zich niet fatsoenlijk gedraagt of het door haar opgewekte vertrouwen beschaamt. De redelijkheid en billijkheid prikkelt hierdoor tot fatsoenlijk gedrag en de honorering van opgewekt vertrouwen.¹⁴⁴ De redelijkheid en billijkheid kan de verplichting tot ongedaanmaking van een nietige overeenkomst beperken.¹⁴⁵ Een beperking van deze verplichting prikkelt de hierdoor benadeelde partij om niet nog eens een nietige overeenkomst te sluiten.¹⁴⁶

De redelijkheid en billijkheid prikkelt ook tot gedragingen die het algemene belang juist aantasten. De door de redelijkheid en billijkheid veroorzaakte rechtsonzekerheid kan immers prikkelen tot meer en duurdere

143 Barendrecht 1992, p. 76.

144 Van der Grinten 1965, p. 169-170 en de §§ 3.2.1 en 3.2.2.

145 HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 (*Verkerk/Van der Veen q.q.*).

146 Sieburgh 2004, p. 46-47.

juridische procedures en tot het achterwege laten van economisch nuttige activiteiten. Ook andere open normen veroorzaken deze onzekerheid.¹⁴⁷

De rol van de factor 'gedragssprikkel' is niet beperkt tot de werking van de redelijkheid en billijkheid. Verschillende rechtsnormen zijn bedoeld als gedragssprikkel. Deze prikkel bestaat bijvoorbeeld uit de bestraffing van een verboden handeling. Art. 300 Sr bestraft mishandeling. Het artikel prikkelt partijen om niet te mishandelen. Ook het privaatrecht kent artikelen die duidelijk zijn bedoeld om het gedrag van partijen te beïnvloeden. Art. 4:3 lid 1 sub a BW prikkelt een erfgenaam om geen poging te doen om de erfflater om te brengen. De rechter kan een partij op grond van art. 611a Rv veroordelen tot de betaling van een dwangsom. Het doel van een dergelijke dwangsom is het geven van een prikkel tot voldoening van de hoofdveroordeling.¹⁴⁸

De factor speelt ook een rol in andere rechtssystemen. Rechtsnormen prikkelen ook in andere landen tot bepaalde gedragingen. De invloed van *good faith* op het gedrag van partijen is ook in de buitenlandse literatuur een voorwerp van discussie. Zo pleit Brownsword voor een *doctrine of good faith* die samenwerking stimuleert.¹⁴⁹ Het opleggen van een mededelingsplicht aan een koper, eventueel op grond van de *good faith*, prikkelt om *niet* te investeren in kennis.¹⁵⁰ Het ontbreken van een mededelingsplicht voor de verkoper prikkelt dan weer tot *inefficiënte* investeringen in kennis.¹⁵¹

Ook het recht van de Europese Unie houdt rekening met gedragssprikkel. Art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) verzet zich tegen een regel van nationaal recht die de rechter de bevoegdheid geeft om de inhoud van een ongeldig beding te wijzigen in een beding dat wel is toegestaan. Een dergelijke bevoegdheid kan er immers toe bijdragen dat een professionele partij in de verleiding komt om de oneerlijke bedingen te blijven gebruiken. De uitoefening van de bevoegdheid kan de voor de professionele partijen nadelige gevolgen van de ongeldigheid van het beding beperken. Dit speelt bijvoorbeeld als de rechter een oneerlijke moratoire interest van 29%

147 Houwing 1947, p. 13-15, Stein 1969, p. 314-316, Pels Rijcken 1979, p. 312, Drion 1981, p. 1-3, Brunner 1988, p. 460, Mendel 2000, p. 140 en Ponsioen 2011, p. 366. Zie ook de 'inleiding en vraagstelling' en de §§ 6.4.1 en 6.4.1.1.

148 BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (*Van der Graaf/Agio*), Jongbloed 2011, p. 34 en Stein/Rueb 2011, p. 366.

149 Brownsword 1996, p. 137-139.

150 Fabre-Magnan 1995, p. 107-108 en 114, Atiyah/Smith 2005, p. 244 en Posner 2011, p. 139.

151 Fabre-Magnan 1995, p. 117-118, Atiyah/Smith 2005, p. 246-247 en Posner 2011, p. 139.

vervangt door een toegestane interest van 19%.¹⁵² Daarnaast kan de Europese Commissie de deelname aan een kartel bestraffen met een boete. De boete dient zo hoog te zijn dat hij een afschrikkende werking heeft.¹⁵³

De factor ‘gedragsprikkels’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factor ‘kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking’ besproken in § 5.3.3.

De factor ‘gedragsprikkels’ vertoont een overlap met verschillende andere algemene belangen. Een prikkel tot het nalaten van onbehoorlijke gedragingen bevordert bijvoorbeeld het algemene belang van de rechtvaardigheid. De factor ‘gedragsprikkels’ vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘handelsverkeer’.¹⁵⁴ Goed recht prikkelt tot gedragingen die bijdragen aan een bloeiende economie.

Een beroep op de factor ‘gedragsprikkels’ is indirect. De gedragsprikkel is *op zichzelf* niet van belang. Juist de *gevolgen* van deze prikkel, de aantasting of behartiging van een algemeen belang, beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op het algemene belang dient daarom niet te ontbreken.

Een beroep op de factor ‘gedragsprikkels’ is duidelijk. De factor legt de relatie tussen een concrete rechtsbetrekking en de gevolgen voor het algemene belang bloot. De factor ‘gedragsprikkels’ verduidelijkt *waarom* een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid het algemene belang aantast of behartigt. Dit geeft de factor echter geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een overtuigend beroep op de aantasting van een algemeen belang vereist een beschrijving van de manier waarop dit belang wordt aangetast. De invloed van de gedragsprikkel kan hier voldoende aan bod komen.

Overigens is niet iedere beïnvloeding van een algemeen belang afhankelijk van een gedragsprikkel. Een rechtsbetrekking die de financiële positie van een overheid schaadt, tast het algemene belang aan.¹⁵⁵ De overheid kan het verloren geld immers niet langer gebruiken ter behartiging van publiekrechtelijke belangen. De aantasting van het algemene belang is een direct gevolg van de rechtsbetrekking. De *onderhavige* rechtsbetrekking schaadt immers de financiële positie van een overheid.

152 HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10 (*Banesto*), Meijer 2012, p. 299 en Loos 2012, p. 562.

153 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 17 juni 2010, nr. C-413/08 P (*Lafarge/Europese Commissie*), HvJ EU 1 juli 2010, nr. C-407/08 P (*Knauf Gips/Europese Commissie*) en Gerecht EU 17 mei 2011, nr. T-343/08 (*Arkema/Europese Commissie*).

154 § 6.4.4.

155 Vergelijk HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (*Amstelimmio/Amsterdam*).

De factor ‘gedragsprikkels’ lijdt onder hetzelfde probleem als andere ‘algemene belangen’.¹⁵⁶ De invloed van de factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid is eerder theoretisch dan substantieel. Wat voor een gedragsprikkel gaat er uit van een werking van de redelijkheid en billijkheid die onbehoorlijk gedrag bestraft? Prikkelt deze werking werkelijk tot rechtvaardig gedrag? Deze invloed is slechts beperkt. De partijen wisten immers al dat ze zich niet onbehoorlijk mogen gedragen. Dankzij eerdere rechterlijke uitspraken weten ze zelfs al in welke gevallen verwijtbaar gedrag de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.¹⁵⁷ De behartiging van de algemene belangen via de factor ‘gedragsprikkels’ is een gunstig bijproduct. Zij is eerder een *gevolg* van de redelijkheid en billijkheid dan een *factor* die voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleit.

6.4.4 Handelsverkeer

Handel stimuleert de economie. Het handelsverkeer brengt werk, belastinginkomsten en welvaart. De samenleving heeft dan ook belang bij een ordentelijk verlopend handelsverkeer en ruime mogelijkheden tot deelname. Belemmeringen van de handel tasten het algemene belang van het handelsverkeer aan.

Overeenkomsten tussen twee professionele partijen behoren tot ‘het handelsverkeer’. De invloed van de factor ‘handelsverkeer’ is echter niet beperkt tot de werking van de redelijkheid en billijkheid bij dergelijke overeenkomsten. Het handelsverkeer is een algemeen belang. Het kan ook worden aangetast door rechtsbetrekkingen tussen een professionele partij en een particulier. Andere factoren kunnen bijvoorbeeld pleiten voor aanvullende zorg- en mededelingsplichten voor de professionele partij die een bepaald product verkoopt aan een particulier. De factor ‘handelsverkeer’ pleit tegen deze plichten als zij tot hogere transactiekosten leiden of de handel in het product onrendabel maken.

De factor ‘handelsverkeer’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁸ Het belang van het handelsverkeer kan bijvoorbeeld leiden tot de beperking van de gevolgen van de ongeldigheid van een rechtshandeling op grond van art. 2:256 BW.¹⁵⁹ Het belang van het handelsverkeer kan ook *tegen* een bepaalde werking van de redelijkheid

156 § 6.4.

157 § 2.4.

158 Vergelijk *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1035 (M.v.A. II) en Rinkes 2006, p. 9.

159 HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (*Nieuwe Steen Investments/Sami Uoti*).

en billijkheid pleiten. Het pleit bijvoorbeeld tegen het aannemen van een goedkeuringsrecht voor de algemene vergadering van aandeelhouders zonder wettelijke of statutaire rechtvaardiging.¹⁶⁰

De factor 'handelsverkeer' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een concurrentie beperkende overeenkomst kan in strijd zijn met de goede zeden.¹⁶¹ Het belang van een vlot functionerend kredietverkeer pleit tegen een restrictieve interpretatie van art. 3:239 lid 1 BW.¹⁶² De behoeften van het verkeer pleiten dan weer voor een restrictieve uitleg van art. 47 Fw.¹⁶³ Een aantasting van de algemene belangen van de landbouw, een deel van het handelsverkeer, leidt op grond van de artt. 7:319 lid 1 sub e en 325 lid 4 BW tot de afkeuring van een pachtovereenkomst.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Het recht van de Europese Unie stimuleert de interne markt. Het verbiedt daarom overeenkomsten en gedragingen die deze markt verstoren.¹⁶⁴ 'Law and economics' analyseert in hoeverre recht bijdraagt aan een efficiënte verdeling van de beschikbare middelen.¹⁶⁵ Verschillende *law and economics*-analyses kunnen in het licht van het belang van het handelsverkeer worden gelezen.¹⁶⁶ Het recht op *specific performance* belemmert het handelsverkeer. Het beperkt de mogelijkheden tot '*efficient breach*'.¹⁶⁷ Het opvullen van een leemte, bijvoorbeeld door de wet, de rechter of door de werking van *good faith*, verkleint de transactiekosten. Het verkleint de noodzaak tot het opstellen en uitonderhandelen van zeer gedetailleerde overeenkomsten.¹⁶⁸

De factor 'handelsverkeer' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' al besproken.¹⁶⁹ De factor 'handelsverkeer' vertoont daarnaast een overlap met de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming'.¹⁷⁰ Vlot verlopend handelsverkeer vereist dat partijen

160 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (ABN AMRO).

161 Petit 1920, p. 163-185 en Suijling 1934, p. 135.

162 HR 3 februari 2012, NJ 2012, 261 (Dix q.q./ING).

163 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO) en HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 495 (Van Hees q.q./Y).

164 Zie de artt. 101 en 102 VWEU.

165 Posner 2011, p. 30 en Weterings 2012, p. 112.

166 'Law and economics' is overigens niet beperkt tot het handelsverkeer of het privaatrecht. Zie Posner 2011, p. 29.

167 Waddams 1995, p. 481, Mahoney 2011, p. 156-157 en 164-166 en Weterings 2012, p. 122-124.

168 Wilhelmsson 1999, p. 178, Cohen 2011, p. 132, Posner 2011, p. 118-119 en Weterings 2012, p. 113 en 120-121. Zie ook Valk 1999b, p. 498.

169 § 6.4.1.1. Zie ook § 4.2.

170 § 6.4.1.2.

kunnen vertrouwen op de bescherming van het recht. Het vereist bescherming tegen opportuun gedrag van de wederpartij.¹⁷¹ Een beroep op de factor 'handelsverkeer' verdient de voorkeur. Het verklaart waarom extra bescherming redelijk en billijk is.

Toch is het belang van het handelsverkeer bij rechtsbescherming niet zonder betekenis. Het handelsverkeer vergroot zowel het gewicht van de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' als het gewicht van de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming'. Dit geldt als een waarschuwing tegen een te sterke nadruk op de rol van 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'. Ook professionele partijen en 'het handelsverkeer' stellen rechtsduidelijkheid niet voor alles.¹⁷²

Het belang van het handelsverkeer bij rechtsduidelijkheid *en* rechtsbescherming legt een zwakke plek van de factor bloot. De wijze waarop het belang het beste behartigd kan worden, is niet *duidelijk*. Dit verrast niet. Een groot deel van de samenleving neemt deel aan het handelsverkeer. Het 'Nederlandse' handelsverkeer is bovendien verbonden met het 'internationale' handelsverkeer. De werkelijke aantasting van 'het handelsverkeer' is in veel gevallen niet duidelijk. Dit pleit voor een terughoudend gebruik van de factor 'handelsverkeer'.¹⁷³ Een beroep op de factor verdient slechts de voorkeur als de invloed op het handelsverkeer duidelijk is.

6.5 Conclusie

Belangen beïnvloeden de rol van de redelijkheid en billijkheid. Hoe groter de betrokken belangen, des te groter is de rol van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁴ Hoe sterk de factoren uit de andere benaderingswijzen ook voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten, de rechtsbetrekking is niet onredelijk als zij niet leidt tot de aantasting van rechtens relevante belangen.

De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' pleit hiervoor. Een werking van de redelijkheid en billijkheid tast dit belang *altijd* aan. De factor pleit standaard tegen de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een werking van de redelijkheid en billijkheid is alleen

171 Vergelijk Brownsword 1997, p. 276-277, Brownsword 1999, p. 31-32, Posner 2011, p. 124-125 en Wendt 2011, p. 132.

172 § 4.2.

173 § 6.4.

174 § 6.2.1.

mogelijk als andere belangen tegenwicht bieden. De aantasting van een ander belang dan de 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' is een voorwaarde voor de werking van de redelijkheid en billijkheid. De betekenis van deze voorwaarde is echter beperkt. Een partij heeft niet alleen een belang als er nadeel voor deze partij dreigt. Een belang kan ook bestaan uit een voordeel of de mogelijkheid van het behalen van een voordeel. Een belang kan daarnaast bestaan uit een minder concreet belang. Het nemen van ontslag kan bijvoorbeeld leiden tot een slechtere samenwerking tussen de werknemer en werkgever.¹⁷⁵

De aanwezigheid van een belang is een voorwaarde. Een beroep op de factor 'omvang belang' is daarom altijd mogelijk.¹⁷⁶ Het betrokken belang heeft altijd *een* omvang. Heeft de partij in het geheel geen belang bij de rechtsbetrekking of een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid, dan is juist het ontbreken van het belang relevant. Hetzelfde geldt voor de factor 'soort belang'.¹⁷⁷ Het betrokken belang is altijd van *een* bepaalde soort.

Ook een beroep op de factor 'algemene belangen' is altijd mogelijk.¹⁷⁸ Er is altijd wel *een* algemeen belang betrokken bij het concrete geval. Een arbitrageclausule beperkt bijvoorbeeld het algemene belang van toegang tot de rechter. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid', en de daarmee samenhangende factor 'handelsverkeer', legt bovendien altijd gewicht in de schaal tegen een werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁹ Een werking van de redelijkheid en billijkheid tast de rechtszekerheid aan. De rechtszekerheid speelt een grotere rol als de transactie deel uitmaakt van 'het handelsverkeer'.

Een beroep op verschillende factoren uit de hoofdcategorie 'belangen' is altijd mogelijk. Dit maakt een beroep op deze factoren echter niet duidelijk. De invloed van een belang wordt in veel gevallen teniet gedaan door de invloed van een ander belang. Het belang van de gelaedeerde pleit bijvoorbeeld voor het beperken van de gevolgen van een exoneratieclausule. Het belang van de laedens pleit hier echter tegen. Het schrappen van een arbeidsplaats tast het algemene belang van de werkgelegenheid aan. Het belang van het handelsverkeer eist echter dat ondernemers hun bedrijfsvoering kunnen aanpassen aan veranderende economische omstandigheden.

175 § 6.2.1.

176 § 6.2.1.

177 § 6.2.2.

178 § 6.4.

179 De §§ 6.4.1.1 en 6.4.4.

Een beroep op het enkele bestaan van een belang verduidelijkt slechts dat er aan de minimale voorwaarde voor de werking van de redelijkheid en billijkheid is voldaan. Een werking van de redelijkheid en billijkheid is dus niet *uitgesloten*. Het beroep verduidelijkt niet *of* en *hoe* de redelijkheid en billijkheid de rechtsbetrekking beïnvloedt. Factoren uit andere hoofdcategorieën moeten deze rol vervullen.

Verschillende aspecten van de belangen kunnen de factoren uit deze hoofdcategorie een zelfstandige rol geven. Een belang beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid in de eerste plaats als het bijzonder groot of bijzonder klein is. Ik heb in § 6.2.1 gewezen op de gevolgen van het nemen van ontslag door een werknemer. De gevolgen voor de werknemer zijn groot. De werkgever lijdt, aangenomen dat hij de werknemer nog steeds kan gebruiken, nauwelijks schade als hij de werknemer toch in dienst moet houden. Zowel de omvang van het belang van de werknemer als de omvang van het belang van de werkgever is in deze casus bijzonder. De werknemer heeft een bijzonder *groot* belang. Het belang van de werkgever is bijzonder *klein*. Andere belangen doen de invloed van deze belangen met een bijzondere omvang niet teniet.

Ook de omvang van belangen van anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking is relevant. De factor ‘belangen van derden’ speelt een grotere rol als de aantasting van de belangen van de derde omvangrijker is.¹⁸⁰

De factor ‘algemene belangen’ legt pas gewicht in de schaal als de aantasting *substantieel* is. Een beroep op de aantasting van een algemeen belang verduidelijkt niet als deze aantasting in het niet valt bij het belang van één van de partijen. De aantasting van het algemene belang is pas relevant als zij gewicht in de schaal legt *naast* de aantasting van de belangen van de betrokken partijen. Een substantiële aantasting ontbreekt vaak. Het ontslag van een werknemer tast bijvoorbeeld het algemene belang van de werkgelegenheid aan. De aantasting van dit belang valt echter in het niet bij de aantasting van de belangen van de ontslagen werknemer. Dit beperkt de zelfstandige rol van de factoren ‘algemene belangen’, ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming’ en ‘gedragsprikkels’.¹⁸¹

De redelijkheid en billijkheid beschermt de belangen van derden en de algemene belangen. De bescherming van deze belangen is echter niet exclusief aan de redelijkheid en billijkheid opgedragen. Ook andere

¹⁸⁰ § 6.3.

¹⁸¹ De §§ 6.4, 6.4.1.2 en 6.4.3.

rechtsregels verzetten zich tegen omvangrijke aantastingen van deze belangen.

Er bestaat in dit opzicht een verschil tussen de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen' en de factor 'omvang belang'. Een partij kan haar eigen belang gemakkelijker sterk aantasten. Zij kan bijvoorbeeld haar baan opzeggen of een omvangrijke schenking doen. Een omvangrijke aantasting van de belangen van anderen is echter al snel in strijd met het recht. Een derde heeft bijvoorbeeld een eigen vordering uit onrechtmatige daad. Publiekrechtelijke regels behartigen de publiekrechtelijke belangen.¹⁸²

De begrenzing van de mogelijkheden tot het aantasten van de belangen van anderen beperkt de rol van de redelijkheid en billijkheid. Zij is slechts van belang als de andere delen van het recht tekortschieten. Dit beperkt de invloed van de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen'.

De factor 'alternatief' maakt duidelijk dat een partij haar belang ook op een andere manier kan behartigen.¹⁸³ Een partij heeft bijvoorbeeld een alternatief als zij, behalve de wederpartij, ook haar verzekering kan aanspreken. Een alternatief maakt duidelijk dat de omvang van het belang van deze partij kleiner *zou kunnen zijn*. Het verkleint de noodzaak om de belangen te beschermen op grond van de redelijkheid en billijkheid. De alternatieve mogelijkheden om de belangen van derden en de algemene belangen te behartigen, hebben dezelfde invloed.¹⁸⁴

De factor 'kenbaarheid' verduidelijkt in hoeverre de partijen rekening hadden kunnen houden met de betrokken belangen.¹⁸⁵ Een partij kan slechts rekening houden met de belangen van een derde,¹⁸⁶ de belangen van haar wederpartij en haar eigen belangen als deze kenbaar zijn. De aantasting van de belangen door een bepaalde gedraging of rechtsbetrekking moet daarnaast voorzienbaar zijn. Eerdere onbekendheid ontslaat een partij echter niet van de verplichting om in een later stadium alsnog rekening te houden met de ondertussen aangetaste belangen.

'Kenbaarheid' beïnvloedt de rol van algemene belangen op een andere manier. De kenbaarheid van de algemene belangen speelt een ondergeschikte rol: de belangen mogen als bekend worden verondersteld. De aantasting van een algemeen belang door een concrete gedraging of rechtsbetrekking is in veel gevallen echter niet duidelijk. Een belang hoort

182 De §§ 6.3 en 6.4.2.

183 § 6.2.3.

184 De §§ 6.3 en 6.4.

185 § 6.2.4.

186 § 6.3.

de werking van de redelijkheid en billijkheid niet te beïnvloeden als de werkelijke aantasting van het belang niet duidelijk is. De factor ‘algemene belangen’ vereist daarom een *duidelijke* aantasting van een *specifiek* belang.¹⁸⁷

Dergelijke onduidelijkheid pleit voor een terughoudend gebruik van de factoren ‘algemene belangen’ en ‘handelsverkeer’.¹⁸⁸ Dit bezwaar speelt een kleinere rol bij de factor ‘publiekrechtelijke belangen’.¹⁸⁹ Deze factor bestaat uit een grote verzameling *specifieke* belangen. De aantasting van deze specifieke belangen is duidelijker dan de aantasting van ‘algemene’ belangen zoals het belang van het handelsverkeer.

De soort van het belang beïnvloedt de omvang van het belang. Uiteindelijk is de omvang van het belang belangrijker dan de soort van het belang. Een zeer grote aantasting van een minder belangrijke soort belang legt meer gewicht in de schaal dan een minimale aantasting van een belangrijker belang. Lichamelijke integriteit is belangrijker dan zuiver financiële belangen. Toch legt een gescheurde nagel minder gewicht in de schaal dan het verlies van een zeer groot bedrag. De factor ‘soort belang’ geeft slechts een aanwijzing over de omvang van het belang. De factor heeft geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹⁰

Er is echter één ‘soort’ belang met een bijzondere rol. De factor ‘rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid’ neemt een sleutelpositie in.¹⁹¹ De rol van deze factor is niet afhankelijk van de behandelde aspecten. De factor beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid altijd. Wel wisselt de omvang van de aantasting van het belang. Het belang legt bijvoorbeeld meer gewicht in de schaal als de in zijn gevolgen beperkte norm, of het rechtsgebied waarvan deze norm deel uitmaakt, het doel heeft om de rechtszekerheid te beschermen. Het gewicht van de factor moet per concreet geval worden vastgesteld.

187 § 6.4.

188 De §§ 6.4 en 6.4.4.

189 § 6.4.2.

190 § 6.2.2.

191 § 6.4.1.1.

HOOFDSTUK 7

EVENWICHT

7.1 Inleiding

De in de vorige hoofdstukken behandelde hoofdcategorieën benaderen de omstandigheden van het geval afzonderlijk. *Een* norm, *een* gedraging, de kenmerken van *een* partij en *een* belang: deze omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹ *Andere* normen, *andere* gedragingen, de kenmerken van de *weder*partij en *andere* belangen zijn ook relevant: deze omstandigheden spelen een rol *naast* de hiervoor genoemde omstandigheden.

De benadering van de afzonderlijke omstandigheden voldoet niet altijd. De invloed van een afzonderlijke omstandigheid is niet altijd duidelijk zonder deze te vergelijken met de overige omstandigheden. Wat is bijvoorbeeld de invloed van de onderhandelingspositie van een partij? Hoe sterk is deze positie? Deze vragen zijn niet te beantwoorden zonder de onderhandelingspositie van de partij te vergelijken met de positie van haar wederpartij. De invloed van de onderhandelingsposities is afhankelijk van het antwoord op de vraag welke partij de *sterkste* onderhandelingspositie heeft.²

De hoofdcategorie ‘evenwicht’ heeft oog voor het belang van dergelijke vergelijkingen. Zij houdt rekening met het relatieve karakter van de omstandigheden van het geval. De categorie benadert de omstandigheden niet afzonderlijk. Zij vergelijkt hen met elkaar. De invloed van de factoren uit de benaderingswijze ‘evenwicht’ is afhankelijk van het evenwicht tussen de omstandigheden.

De hoofdcategorie ‘evenwicht’ is te beschouwen als een restcategorie. Zij behandelt het relatieve aspect van verschillende in de andere hoofdcategorieën behandelde factoren. De relatieve aspecten van verschillende factoren beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik bespreek achtereenvolgens de invloed van het evenwicht tussen de kenmerken van beide partijen (§ 7.2), tussen de betrokken belangen (§ 7.3)

1 De hoofdstukken 2, 3, 4 en 6.

2 Vergelijk § 4.7.

en tussen een gedraging en het door de gedraging behartigde belang (§ 7.4). Ik eindig met een conclusie over de hoofdcategorie ‘evenwicht’ (§ 7.5).

7.2 Evenwicht tussen de kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking

De redelijkheid en billijkheid beschermt de sociaal en economisch zwakkeren. Maar tegen wie? Tegen sterkere partijen!³ De redelijkheid en billijkheid stelt hogere eisen aan een partij die sterker is dan haar wederpartij. Het is daarom van belang om vast te stellen welke partij het sterkste is.

De maatschappelijke positie of professionaliteit, deskundigheid, mogelijkheden tot belangenbehartiging en financiële positie van één van de partijen bij een rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het *verschil* in maatschappelijke positie of professionaliteit (§ 7.2.1), deskundigheid (§ 7.2.2), de mogelijkheden tot belangenbehartiging (§ 7.2.3) en financiële positie (§ 7.2.4) tussen beide partijen beïnvloedt deze werking echter *ook*. Ik vestig de aandacht op het woord ‘ook’. Uit de §§ 4.2, 4.4, 4.7 en 4.8 blijkt immers dat de kenmerken van één van de partijen de werking van de redelijkheid en billijkheid wel degelijk zelfstandig beïnvloeden.

Ik heb de invloed van de kenmerken van de partijen bij de rechtsbetrekking uitgebreid besproken in hoofdstuk 4. De rol van het *verschil* in deze kenmerken is hier ook aan de orde gekomen. De omvang van de hierop volgende subparagrafen is om deze reden beperkt. De paragrafen bestaan vooral uit voorbeelden waarin de factor een rol speelt. Deze voorbeelden zijn nodig om de hypothesen bij de subvragen te testen.⁴

7.2.1 *Verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit*

Ik verwijs naar § 4.2 voor een uitgebreide beschrijving van de invloed van de maatschappelijke positie en professionaliteit van één van de partijen op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze paragraaf bevat daarnaast een beschrijving van de begrippen ‘professionele partij’ en ‘particulier’.

³ § 4.1.

⁴ Zie de ‘inleiding en vraagstelling’ en § 1.7.

De factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De omstandigheid dat de overeenkomst is gesloten tussen een professionele partij en een particulier, pleit voor een uitleg ten gunste van de particulier.⁵ De omstandigheid dat een overeenkomst is gesloten tussen twee professionele partijen, pleit dan weer voor een taalkundige uitleg.⁶ Een professionele partij heeft grotere mededelings-, onderzoeks-⁷ en zorgplichten⁸ als de wederpartij een particulier is.

De factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Deze rol blijkt uit de wet. Een koopovereenkomst tussen een professionele verkoper en een particuliere koper is op grond van art. 7:5 lid 1 BW een ‘consumentenkoop’. Verschillende wettelijke bepalingen verlenen in het geval van een dergelijke consumentenkoop extra bescherming aan de koper.⁹ Titel 7.2a BW is op grond van art. 7:58 lid 1 BW van toepassing op een ‘kredietovereenkomst’. Een kredietovereenkomst is op grond van de artt. 7:57 lid 1 sub a, b en c BW een overeenkomst waarbij een professionele partij krediet verleent aan een particulier.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De invloed van de factor blijkt in de eerste plaats uit het recht van de Europese Unie. Verschillende richtlijnen zijn alleen van toepassing op overeenkomsten tussen een professionele partij en een particulier.¹⁰ Een beding in een overeenkomst is in het *DCFR* eerder ‘unfair’ als er een verschil bestaat in

5 HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (*Ram/Matser*), HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (*Liskay*), Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464 (*Bakkum/Putter Project*), Tjittes 1994, p. 145-148, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 376 en Jansen 2012b, p. 20.

6 § 4.2.

7 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 125 (M.v.A. II), Tjittes 1994, p. 51, 168 en 179, Langbroek 1999, p. 424, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 245 en Jansen 2013, p. 57. Een mededelingsplicht kan onder andere ontstaan in het kader van dwaling, een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Vergelijk ook HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 (*Stavenuiter/Oosterbaan*) over de onderzoeksplicht van een *ondeskundige* koper die een overeenkomst sluit met een *professionele* verkoper.

8 HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaars*), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*) en HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95 (*Rabobank/X*).

9 De artt. 7:6 lid 1, 6a lid 1, 11, 13, 18 lid 1, 19 lid 2, 21 lid 4, 5 en 6, 22 lid 1, 23 lid 1, 24 lid 1, 26 lid 2, 28 en 35 lid 1 BW.

10 Zie bijvoorbeeld de artt. 1 en 2 Richtlijn 85/577/EEG (colportage), 1 lid 1 en 2 sub b en c Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten), 2 sub a, b en d en 3 lid 1 Richtlijn 2005/29/EG (oneerlijke handelspraktijken) en 1 lid 2 en 2 lid 1 sub e en f Richtlijn 2008/122/EG (timeshare). Zie ook Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 161 en Swaenepoel 2011, p. 38-45.

de professionaliteit van de partijen.¹¹ Verschillende artikelen in het *DCFR* verbieden een contractuele afwijking van de regels ten nadele van de ‘consumer’ die een overeenkomst sluit met een ‘business’.¹²

De factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ vertoont een overlap met de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’. Uit § 4.2 blijkt dat beide factoren zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid uitoefenen.

De factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ vestigt een vermoeden over de rol van andere factoren. Deze vermoedens komen overeen met de in § 4.2 besproken vermoedens die de factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ vestigt over de rol van andere factoren. Er is echter een verschil. De factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ vestigt, waar mogelijk, een vermoeden over factoren uit de hoofdcategorie ‘evenwicht’. Een professionelere partij heeft in veel gevallen *meer* deskundigheid,¹³ *betere* mogelijkheden tot belangenbehartiging,¹⁴ een *sterkere* financiële positie¹⁵ en meer behoefte aan rechtszekerheid¹⁶ dan haar minder professionele wederpartij. Er staan voor de professionelere partij bovendien *minder* belangrijke belangen op het spel.¹⁷ Een beroep op de factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ is niet direct. Een beroep op deze factor is echter wel duidelijk. Deze duidelijkheid geeft de factor zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

7.2.2 *Vershil in deskundigheid*

Ik verwijs naar § 4.4 voor een uitgebreide beschrijving van de invloed van de deskundigheid van één van de partijen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘verschil in deskundigheid’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een verschil in deskundigheid pleit voor de beperking van de gevolgen van een beding dat de minder deskundige partij benadeelt.¹⁸ De relatieve deskundigheid

11 Vergelijk art. II.-9:403 *DCFR* met de artt. II.-9:404 en 405 *DCFR*.

12 Bijvoorbeeld de artt. II.-3:109 (5), 201 (3) en 202 (4) *DCFR*.

13 § 7.2.2.

14 § 7.2.3.

15 § 7.2.4.

16 § 6.4.1.1.

17 § 7.3.2.

18 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (*Hooijen/Curatoren THB*), HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (*Staalgrit*), Bloembergen 1969, p. 361 en Rijken 1983, p. 159.

beïnvloedt daarnaast de omvang van mededelings-, onderzoeks-¹⁹ en zorgplichten.²⁰

De factor ‘verschil in deskundigheid’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een partij met een geestelijke stoornis kan op grond van art. 1:378 lid 1 sub a BW onder curatele worden gesteld. Het artikel legt de nadruk op de vermogens van *een* partij. Vranken stelt echter dat de ratio van het artikel zowel bestaat uit de bescherming van een partij tegen haar *onvolwaardigheid* als tegen haar *ongelijkheid*.²¹ Hij legt hiermee zowel de nadruk op de (beperkte) deskundigheid van *een* partij als op de *relatieve* deskundigheid van de partij en haar geestelijk gezonde wederpartij.

Art. 3:44 lid 4 BW noemt ‘onervarenheid’ als een bijzondere omstandigheid waar misbruik van kan worden gemaakt. Het is mogelijk om dit gebrek aan deskundigheid te vergelijken met de deskundigheid van de andere partij.²² Een partij maakt eerder misbruik van de ondeskundigheid van haar wederpartij als zij zelf wel deskundig is.²³

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Een verschil in de deskundigheid is ook van belang voor verschillende wilsgebreken in het Belgische en Franse recht.²⁴

De factor ‘verschil in deskundigheid’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factoren ‘deskundigheid’ en ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ besproken in de §§ 4.4 en 7.2.1.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’.²⁵ Een verschil in deskundigheid kan immers leiden tot betere mogelijkheden tot belangenbehartiging. Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.7 besproken overlap tussen de

19 Vranken 1989, p. 203, Castermans 1992, p. 87, Tjittes 1994, p. 51, 53 en 58, Langbroek 1999, p. 424, Smits 1999, p. 64, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 232 en 245 en Jansen 2013, p. 57. Een mededelingsplicht kan onder andere ontstaan in het kader van dwaling, een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4

20 HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van der Klundert/Rabobank*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treck/Dexia*), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (*Levob/Bolle*) en HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (*GeSp/Aegon*).

21 Vranken 1989, p. 20.

22 Vergelijk Vranken 1989, p. 53-54, Tjittes 1994, p. 105-106 en Swaenepoel 2011, p. 272.

23 Dit speelt vooral als de minder deskundige partij nu juist om dit verschil in deskundigheid in contact is getreden met haar wederpartij. In een dergelijke situatie kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een vertrouwensrelatie. Zie § 5.2.2.

24 Swaenepoel 2011, p. 31, 208, 217, 244-245 en 265.

25 § 7.2.3.

factoren ‘deskundigheid’ en ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’. Een beroep op beide factoren verdient de voorkeur.

7.2.3 *Verskil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging*

Ik verwijs naar § 4.7 voor een uitgebreide beschrijving van de invloed van de mogelijkheden tot belangenbehartiging van één van de partijen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging kan leiden tot een onredelijke verdeling van de rechten en plichten. Deze ongelijkheid pleit daarom voor de matiging van contractuele boetes op grond van art. 6:94 lid 1 BW²⁶ en voor de matiging van vorderingen tot schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW.²⁷ De mogelijkheden tot het inwinnen van informatie beïnvloeden de mogelijkheden tot belangenbehartiging. Gemakkelijke en goedkope toegang tot informatie pleit voor het ontstaan van een mededelingsplicht op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW. Dit speelt vooral als de mogelijkheden van de andere partij zwakker zijn.²⁸

De factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Misbruik van een ongelijke ‘economische positie’ kan bijvoorbeeld misbruik van omstandigheden opleveren.²⁹ Het Nederlandse recht beperkt daarnaast de contractvrijheid van bepaalde aanbieders van belangrijke diensten. Zij zijn verplicht om onder bepaalde voorwaarden een overeenkomst te sluiten met een ieder die dat wenst. Art. 3 Zorgverzekeringswet verplicht bijvoorbeeld een zorgverzekeraar tot het sluiten van een zorgverzekering. Er is in dergelijke gevallen sprake van ‘contractdwang’. Contractdwang is een waarborg voor de beschikbaarheid van prestaties die het algemeen belang

26 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323 (T.M.), Hartkamp 2010a, p. 59 en Hartkamp 2012, p. 52. Dit artikel is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

27 Hartkamp 2010a, p. 59, Hartkamp 2012, p. 52 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 181. Dit artikel is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

28 Castermans 1992, p. 88, Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 64, Smits 1999, p. 66-67 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 232. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

29 Vranken 1989, p. 53-54, Tjittes 1994, p. 107, Van Dunné 2004, p. 593, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 262 en 264 en Swaenepoel 2011, p. 272-273. Vergelijk ook Tjittes 1994, p. 85 en Swaenepoel 2011, p. 31 over de invloed van een verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging op andere wilsgebreken.

dienen. Hij beschermt de zwakke vraagzijde tegen misbruik door de aanbieder met een sterkere positie.³⁰ Een werknemer staat in een zwakke, afhankelijke positie ten opzichte van zijn werkgever. Deze ongelijkheid pleit voor de wettelijke bescherming van de werknemer.³¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Misbruik van een ongelijke 'economische positie' kan ook in verschillende andere rechtsstelsels leiden tot de aantasting van een overeenkomst.³² Daarnaast berust het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) op de gedachte dat de consument zich tegenover de handelaar in een zwakke onderhandelingspositie bevindt.³³

De factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging', 'afhankelijkheid', 'totstandkoming van de rechtsbetrekking', 'verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'verschil in deskundigheid' besproken in de §§ 4.7, 5.2.1, 5.3.1, 7.2.1 en 7.2.2.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor 'verschil in financiële positie'.³⁴ Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.7 besproken overlap tussen de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'financiële positie'. Het verschil in de financiële positie beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid in een dergelijk geval *omdat* het tot een verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging leidt. Een beroep op de factor 'verschil in financiële positie' verduidelijkt niet. Een beroep op de factor 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' is duidelijker en directer. Het verdient daarom de voorkeur.

De factor vertoont ten slotte een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.³⁵ Een ongelijke onderhandelingspositie kan leiden tot een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten. Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.7 besproken overlap tussen de factoren 'mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'omvang belang'. Een beroep op de factor 'verschil in de

30 Houben 1999, p. 354 en Houben 2005, p. 328-331.

31 Zie bijvoorbeeld Van Esveld 1946, p. 145, Jansen 2003, p. 5 en Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*), nr. 3.

32 Vranken 1989, p. 54-58, Van den Brink 2002, p. 155, UP 2010, p. 109, Swaenepoel 2011, p. 31 en 244-246 en Chitty/Beale 2012, nr. 7-133.

33 HvJ EG 27 juni 2000, nr. C-240-244/98 (*Océano*), HvJ EG 26 oktober 2006, nr. C-168/05 (*Mostaza Claro*), HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones*), HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10 (*Banesto*) en Zippro 2012b, p. 290.

34 § 7.2.4.

35 § 7.3.1.

mogelijkheden tot belangenbehartiging' is duidelijker en verdient daarom de voorkeur. Het maakt duidelijk dat de onevenwichtige verdeling niet de 'eigen schuld' van de benadeelde partij is.

7.2.4 *Vershil in financiële positie*

Ik verwijs naar § 4.8 voor een uitgebreidere omschrijving van de invloed van de financiële positie van één van de partijen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor 'verschil in financiële positie' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De matiging van een vordering tot schadevergoeding is op grond van art. 6:109 lid 1 BW afhankelijk van de draagkracht van de partijen. Hierbij moet zijdelings rekening worden gehouden met het *verschil* in draagkracht.³⁶

Een partij sluit onder de invloed van een geestelijke stoornis een voor haar nadelige overeenkomst. De uitvoering van deze overeenkomst zou tot het faillissement van het bedrijf van de partij leiden. Haar wederpartij was niet op de hoogte van de geestelijke stoornis en heeft gerechtvaardigd vertrouwd op de totstandkoming van de voor haar voordelige overeenkomst. Zij kan het nadeel dat zou worden veroorzaakt door het *niet* uitvoeren van de overeenkomst gemakkelijk dragen. Het verschil in de financiële positie pleit voor het beperken van de gevolgen van het gerechtvaardigd vertrouwen op grond van de redelijkheid en billijkheid.³⁷

De factor 'verschil in financiële positie' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Het *recht* op levensonderhoud is afhankelijk van de financiële positie van de onderhoudsgerechtigde.³⁸ De *omvang* van dit recht is echter zowel afhankelijk van de behoeften van de onderhoudsgerechtigde als van de draagkracht van de onderhoudsplichtige.³⁹ Zijn er verschillende partijen tot uitkering verplicht, dan beïnvloeden de financiële posities van deze partijen de verdeling van deze verplichting.⁴⁰

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Het verschil in financiële positie beïnvloedt de eventuele matiging van een vordering ook in het Zwitserse recht.⁴¹ Het verschil in financiële positie beïnvloedt daarnaast in verschillende landen en het *DCFR* de aansprakelijkheid van

36 § 4.8. Art. 6:109 lid 1 BW is een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

37 Vergelijk Vranken 1989, p. 33.

38 § 4.8.

39 Art. 1:397 lid 1 BW en Asser/De Boer 2010 (I*), nr. 1034-1036.

40 Art. 1:397 lid 2 BW.

41 Maeijer 1962, p. 138-139.

een partij met een jonge leeftijd of een geestelijk handicap. Het *verschil* beïnvloedt deze aansprakelijkheid *naast* de financiële positie van de schuldenaar.⁴²

De factor ‘verschil in financiële positie’ vertoont een overlap met verschillende factoren. Ik heb de overlap met de factoren ‘financiële positie’, ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ en ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’ besproken in de §§ 4.8, 7.2.1 en 7.2.3.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’.⁴³ De partij met een sterkere financiële positie kan de gevolgen van een tegenvaller gemakkelijker verwerken. De gevolgen zijn groter voor de partij met een zwakkere positie. Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.8 besproken overlap tussen de factoren ‘financiële positie’ en ‘omvang belang’. De factor ‘verschil in financiële positie’ spreekt een vermoeden uit over de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’. De factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is de uiteindelijke relevante factor. Een beroep op deze factor is echter niet altijd duidelijk. De precieze gevolgen van een tegenvaller zijn immers niet altijd duidelijk vast te stellen.

7.3 Evenwicht tussen de betrokken belangen

In een ideale rechtsbetrekking zijn de betrokken belangen met elkaar in evenwicht. Iedere partij heeft een even groot gedeelte van de uit de rechtsbetrekking voortvloeiende rechten en plichten. Tegenover de eventuele aantasting van een belang van een derde staat een compensatie. De behartiging van het ene algemene belang compenseert de aantasting van het andere algemene belang.

Niet iedere rechtsbetrekking voldoet aan dit ideaalbeeld. De rechten en plichten kunnen om verschillende redenen niet evenwichtig onder de partijen zijn verdeeld. De partijen kunnen daarnaast grote voordelen voor zichzelf behalen ten koste van de belangen van derden of het algemeen belang.

De factoren uit de subcategorie ‘evenwicht tussen de betrokken belangen’ pleiten voor een rechtsbetrekking die het geschetste ideaalbeeld

⁴² § 4.8.

⁴³ § 7.3.1.

benadert. Zij verzetten zich tegen een rechtsbetrekking waarin er geen evenwicht tussen de betrokken belangen bestaat. Zij pleiten voor het herstellen van het evenwicht. Hoe groter het verschil tussen de betrokken belangen, des te groter is het gewicht dat de factoren in de schaal leggen.

Een afzonderlijk belang beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het evenwicht tussen deze betrokken belangen beïnvloedt deze werking *ook*. Ik vestig, net als in § 7.2, de aandacht op het woord ‘ook’. Uit de §§ 6.2.1 en 7.3.3 blijkt immers dat de afzonderlijke belangen wel degelijk zelfstandige invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

Een evenwicht tussen de betrokken belangen kan om verschillende redenen ontbreken. Het is allereerst mogelijk dat de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking niet met elkaar in evenwicht zijn (§ 7.3.1). Het is bovendien mogelijk dat er verschillende soorten belangen tegenover elkaar staan (§ 7.3.2). Het is ten slotte mogelijk dat de belangen van anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking in de afweging moeten worden betrokken (§ 7.3.3).

7.3.1 *Vershil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking*

Een rechtsbetrekking is in de eerste plaats een aangelegenheid tussen de partijen bij deze betrekking. Zij beïnvloedt de belangen van juist deze partijen.⁴⁴ De factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ pleit voor een evenwichtige verdeling van de uit de rechtsbetrekking voortvloeiende rechten en plichten. De belangen van de partijen zijn in evenwicht als de ‘omvang’ van deze rechten en plichten voor beide partijen gelijk is. Beide partijen hebben in dat geval evenveel voor- of nadeel bij de rechtsbetrekking.

De belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking zijn bijvoorbeeld met elkaar in evenwicht als de uit een overeenkomst voortvloeiende prestaties evenveel waard zijn. De bakker verplicht zich tot het overdragen van de eigendom van een brood. De klant verplicht zich tot het betalen van een redelijke koopprijs.

Een evenwicht tussen de belangen kan ook bestaan bij een rechtsbetrekking die niet uit een overeenkomst voortvloeit. Onverschuldigde betalingen en ongerechtvaardigde verrijkingen benadelen één van de partijen. Hier staat echter een vordering uit onverschuldigde betaling of

44 § 6.2.

ongerechtvaardigde verrijking tegenover. De omvang van deze vordering is in veel gevallen gelijk aan de omvang van de benadeling.⁴⁵

Bij een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad bestaat er niet noodzakelijk een evenwicht tussen de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking. De gelaedeerde heeft voor- noch nadeel bij de rechtsbetrekking. Een vordering uit onrechtmatige daad compenseert de door de onrechtmatige daad veroorzaakte schade. De laedens kan door het plegen van een onrechtmatige daad een voordeel voor zichzelf behalen. Hij kan bijvoorbeeld profiteren van de door hem uitgelokte wanprestatie.⁴⁶ Dit is echter niet noodzakelijk. De laedens heeft bijvoorbeeld geen enkel belang bij het intikken van de ruit van de overbuurman. De rechtsbetrekking leidt in een dergelijk geval tot een benadeling van de laedens.

De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' pleit voor een evenwichtige verdeling van de uit de rechtsbetrekking voortvloeiende rechten en plichten. Dit betekent echter niet dat het redelijk en billijk is om het voor- en nadeel van de partijen bij iedere rechtsbetrekking gelijk te trekken.

Een partij tikt de ruit van haar overbuurman in. De prestaties van de hieruit voortvloeiende rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad zijn niet met elkaar in evenwicht. Het evenwicht is te herstellen door de vordering uit onrechtmatige daad tot de helft te matigen.⁴⁷ Beide partijen hebben in dit geval immers evenveel nadeel bij de rechtsbetrekking. De omvang van het nadeel is voor beide partijen de helft van de waarde van de ruit.

De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' pleit voor deze matiging. Verschillende factoren pleiten echter tegen deze werking van de redelijkheid en billijkheid. Hierbij valt uiteraard te denken aan de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'. Deze factor pleit immers tegen iedere werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸ In dit geval is het echter belangrijker dat andere factoren het ontbreken van het evenwicht *rechtvaardigen*. Ik

45 De waarde van de vordering en de benadeling komen niet altijd overeen. De omvang van de vordering is immers ook afhankelijk van de omvang van de verrijking. Vergelijk de artt. 6:203 en 212 BW.

46 Zie bijvoorbeeld HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (*Pos/Van den Bosch*).

47 De waarde van een eventuele tegenprestatie beïnvloedt de matiging op grond van art. 6:109 lid 1 BW. Zie HR 3 december 1971, NJ 1972, 144 (*Hotel Jan Luyken*), HR 11 april 1975, NJ 1975, 373 (*Zopp/Stichting Algemeen Mijnwerkersfonds van de Steenkoolmijnen in Limburg*), *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 449 (M.v.A. II) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*), nr. 181 en 183. Matiging is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

48 § 6.4.1.1.

geef enkele voorbeelden. De benadeling van de schadeveroorzakende partij is gerechtvaardigd omdat zij zich verwijtbaar heeft gedragen. De factor ‘verwijtbare gedragingen’ pleit daarom tegen de matiging.⁴⁹ De factor ‘gedragingen van derden’ rechtvaardigt de onevenwichtige verdeling van het nadeel als het kind van de aansprakelijke partij de schade heeft veroorzaakt.⁵⁰ Het beginsel van de partijautonomie, en daarmee de factor ‘rechtsbeginselen’, rechtvaardigt een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten bij een rechtsbetrekking uit een overeenkomst.⁵¹ Het pleit tegen het aanpassen van een uitdrukkelijk overeengekomen overeenkomst, ook als de uit deze overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten niet eerlijk zijn verdeeld. Het enkele ontbreken van een evenwicht tussen de prestaties tast de geldigheid van een overeenkomst niet aan. Een *iustum pretium* is niet vereist.⁵² De invloed van een rechtvaardiging blijkt ook uit art. 6:212 lid 1 BW. Slechts een verrijking die ‘ongerechtvaardigd’ is, leidt tot het ontstaan van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.⁵³

Dit betekent niet dat het evenwicht tussen de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking geen enkele invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid heeft. Ik geef enkele voorbeelden. Een ernstige verstoring van de waardeverhouding van de prestaties kan leiden tot de wijziging of ontbinding van een overeenkomst op grond van art. 6:258 lid 1 BW.⁵⁴ De redelijkheid en billijkheid kan de gevolgen van een exonerationclausule beperken. Het evenwicht tussen de prestaties beïnvloedt deze eventuele beperking. De redelijkheid en billijkheid beperkt de gevolgen van het beding minder snel als er geen of slechts een beperkte beloning tegenover de grote risico’s op aansprakelijkheid staat.⁵⁵ Ook de verhouding tussen de

49 § 3.2.1.

50 Art. 6:169 BW en § 3.3.

51 § 2.5.1.

52 Hof Amsterdam 24 november 1983, NJ 1984, 794 (*Kunsthandel A/B*), Lebens-de Mug 1981, p. 111-116, Hartlief 1999, p. 252-253, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 50, 55-56 en 421, Swaenepoel 2011, p. 166-168, Cherednychenko 2012a, p. 45 en Hallebeek 2013, p. 59. Verschillende auteurs pleiten voor een grotere rol voor een vorm van de *iustum pretium*-leer. Zie bijvoorbeeld Smits 1995, p. 281-283 en Grosheide 1996, p. 437.

53 Ongerechtvaardigde verrijking is te beschouwen als een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 3.2.4. Art. 6:212 lid 1 BW is daarnaast, gelet op het woord ‘redelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

54 § 3.4.

55 Bloembergen 1969, p. 360 en Rijken 1983, p. 47 en 169. In HR 10 juni 2011, NJ 2012, 405 (*Van den Hoek/Pots*) waren de exonererende partijen vrijwilligers. Het Hof heeft deze omstandigheid bij zijn oordeel betrokken maar niet doorslaggevend geacht. Zie ook § 5.3.2.

omvang van de voorzienbare schade en de beperking van de aansprakelijkheid is van belang. Hoe groter het gedeelte van de schade dat voor risico van de gelaedeerde komt, des te eerder zijn de gevolgen van de exoneration-clausule in strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁵⁶ Met andere woorden: de redelijkheid en billijkheid eist een evenwichtige verdeling van het risico op schade.

Het laatste voorbeeld illustreert dat de invloed van de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ afhankelijk is van verschillende aspecten van het evenwicht tussen de betrokken belangen. De invloed van de factor is niet alleen afhankelijk van het evenwicht tussen de belangen *op het niveau van de rechtsbetrekking*. Hij is ook afhankelijk van het evenwicht tussen de belangen *op het niveau van een beding, een plicht, een gedraging of de uitoefening van een recht*.

Ik geef enkele voorbeelden. Het evenwicht tussen de bij de beëindiging van de overeenkomst betrokken belangen beïnvloedt het antwoord op de vraag of de opzegging mogelijk is.⁵⁷ Dit staat voor de huur van een bedrijfsruimte in art. 7:296 lid 3 BW.⁵⁸ Een afweging van de belangen kan tot aanvullende verplichtingen leiden. Het belang van een tandarts om geen profylactische medicijnen tegen HIV te hoeven gebruiken is groter dan het belang van een patiënt om geen bloedtest te hoeven ondergaan. De patiënt is daarom op grond van de redelijkheid en billijkheid verplicht om mee te werken aan een bloedtest.⁵⁹ Een wanverhouding tussen de hoogte van de veroorzaakte schade en de contractuele boete pleit voor de matiging van de boete op grond van art. 6:94 lid 1 BW. De wanverhouding is echter niet allesbepalend.⁶⁰

Het is mogelijk om de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ onder te verdelen in subfactoren die de invloed van het evenwicht tussen de belangen op een specifiek ‘niveau’ behandelen. Een dergelijke splitsing verdient echter niet de

56 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*), HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (*Staalgrit*) en Rijken 1983, p. 138-139.

57 HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (*Kakkenberg/Kakkenberg*), Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, LJN BU9796 (*United Trust & Trade/Rabobank*) en Rb. Rotterdam (vzr.) 1 oktober 2012, NJF 2012, 495.

58 Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijke’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

59 HR 12 december 2003, NJ 2004, 117.

60 HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277 (*Kok/Schoor*), HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (*Intrahoff/Bart Smit*) en HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459 (*Van de Zuidwind/Faase*). Art. 6:94 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

voorkeur. De verschillende niveaus zijn immers niet strikt van elkaar gescheiden. Het evenwicht tussen de belangen op het ene niveau beïnvloedt het evenwicht op het andere niveau. Het evenwicht tussen de bij de beëindiging van de overeenkomst betrokken belangen is bijvoorbeeld afhankelijk van het evenwicht tussen de bij de overeenkomst betrokken belangen. Hoe groter de verstoring van het laatstgenoemde evenwicht, des te groter is de verstoring van het eerstgenoemde evenwicht. Een partij heeft immers een groter belang bij de opzegging van een voor haar nadeligere overeenkomst.

Dit betekent niet dat het 'niveau' geen aandacht verdient. Een duidelijk beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' vereist een beschrijving van het evenwicht tussen de belangen. Een duidelijke beschrijving besteedt aandacht aan het niveau waarop het evenwicht zich bevindt.

De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Benadeling is geen vereiste voor het bestaan van de wilsgebreken van de artt. 3:44 en 6:228 BW. Toch bestaat er een band tussen de wilsgebreken en de *iustum pretium*-leer. Deze band is het duidelijkst bij het wilsgebrek van misbruik van omstandigheden.⁶¹ Een partij misbruikt de omstandigheden eerder als zij een onevenwichtig groot voordeel voor zichzelf bedingt.

De band tussen wilsgebreken en een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten blijkt daarnaast uit art. 3:196 lid 1 en 2 BW. Een door dwaling veroorzaakte onevenwichtige verdeling van de gemeenschap is vernietigbaar als een deelgenoot voor meer dan 'een vierde gedeelte' is benadeeld. Het bewijs van deze benadeling vestigt het vermoeden dat de verdeling onder invloed van dwaling is ontstaan. De wettekst verwijst slechts naar de benadeling van één van de partijen. Tegenover de onderbedeling van de ene deelgenoot staat echter altijd een overbedeling van de andere deelgeno(o)t(en). Juist het verschil in de bedeling maakt de onderbedeling oneerlijk.

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Een verstoring van de waardeverhouding van de prestaties door onvoorziene omstandigheden kan bijvoorbeeld in verschillende rechtsstelsels, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP* tot een aanpassing van de overeenkomst leiden.⁶²

61 Vergelijk ook Van Zeven 1960, p. 112-117, Lebens-de Mug 1981, p. 117-118, Tjittes 1994, p. 133-134, Abas 2000, p. 8 en Swaenepoel 2011, p. 170-171 en 275-278.

62 Art. 6.2.2 *UP*, Hesselink 1999, p. 353-354, *PECL* 2000, p. 324 en *DCFR* 2010, p. 713 en 717.

Daarnaast kennen verschillende rechtsstelsels, de *PECL*, het *DCFR* en de *UP* een wilsgebrek, dikwijls een variant op misbruik van omstandigheden, dat mede afhankelijk is van een onevenwichtige verdeling van de rechten en plichten.⁶³ De factor speelt ook een rol in het recht van de Europese Unie. Een beding waarover niet individueel is onderhandeld, is op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumenten-overeenkomsten) oneerlijk als het beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument.⁶⁴

De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factoren 'verrijkende gedragingen', 'gedragingen van derden', 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden', 'kenmerken van de rechtsbetrekking', 'kenmerken van de individuele onderdelen van de rechtsbetrekking', 'omvang belang', 'verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging' en 'verschil in financiële positie' besproken in de §§ 3.2.4, 3.3, 3.4, 5.3.2, 5.3.3, 6.2.1, 7.2.3 en 7.2.4. Ik bespreek de overlap met de factoren 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit' in de §§ 7.4.1 en 7.4.2. Uit deze paragrafen blijkt dat de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' in uiteenlopende gevallen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid uitoefent.

Een verschil in de omvang van de belangen tast de geldigheid van een overeenkomst niet aan. Het Nederlandse recht kent geen *iustum pretium*-eis. De achterliggende gedachte is echter springlevend. Alle overwegingen over partijautonomie ten spijt: een koopovereenkomst die de koper verplicht om twee euro voor een volkoren brood te betalen is redelijker dan een overeenkomst waarin hij voor hetzelfde brood 100 euro moet betalen. Een evenwichtige verdeling van de rechten en plichten is rechtvaardiger dan een onevenwichtige verdeling. De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' beïnvloedt om deze reden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor, eventueel in combinatie met een andere factor, is

63 De artt. 4:109 (1) (b) *PECL*, II.-7:207 (1) (b) *DCFR* en 3.2.7 (1) *UP*, Abas 2000, p. 7-8, *PECL* 2000, p. 261 en 265, *DCFR* 2010, p. 507 en 513-514, *UP* 2010, p. 108, Swaenepoel 2011, p. 32, 89, 177-185, 217, 241-243, 262 en 280-281, Chitty/Beale 2012, nr. 7-134 en Hallebeek 2013, p. 63.

64 Vergelijk Hallebeek 2013, p. 63. Vergelijk daarnaast art. 6:233 sub a *BW*. Dit artikel eist slechts een benadeling ('onredelijk bezwarend') van de wederpartij. Hetzelfde verschil bestaat tussen de artt. 4:110 (1) *PECL* en II.-9:403 en 404 *DCFR*. De *PECL* verbinden gevolgen aan het ontbreken van een evenwicht tussen de belangen, het *DCFR* verbindt gevolgen aan de benadeling van één partij.

duidelijk en direct. Een dergelijk beroep verdient de voorkeur in uiteenlopende gevallen.

7.3.2 *Verskil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking*

In sommige gevallen staan er twee gelijksoortige belangen tegenover elkaar. De partijen bij de rechtsbetrekking twisten over geld, het eigendom van een strook land of het gezag over hun kinderen. Dit is echter niet altijd het geval. Het is mogelijk dat er verschillende 'soorten' belangen tegenover elkaar staan. Tegenover het financiële belang van de ene partij kan bijvoorbeeld een 'fundamenteel' belang van de andere partij staan. Ik verwijs naar § 6.2.2 voor een beschrijving van de verschillende soorten belangen en de invloed van deze belangen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor 'verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Een vergelijking van de verschillende soorten belangen beïnvloedt het antwoord op de vraag of een contractueel verbod op het plaatsen van schotelantennes in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Het belang van een woningcorporatie om geen discussies te krijgen over de toelaatbaarheid van schotelantennes rechtvaardigt geen beperking van het fundamentele recht op informatie.⁶⁵ Het voorkomen van gevaarlijke situaties rechtvaardigt deze beperking wel.⁶⁶

De afweging van verschillende soorten belangen beïnvloedt het antwoord op de vraag of er sprake is van een dringende reden voor ontslag in de zin van art. 7:678 lid 1 BW.⁶⁷ Een werkgever weigert een verzoek om een vrije dag op een godsdienstige feestdag van de werknemer. De werknemer blijft vervolgens weg. Het recht op godsdienstvrijheid van de werknemer en het economische belang van de werkgever moeten worden afgewogen. In de regel mag een werknemer op een godsdienstige feestdag vrij nemen. Dit is anders als de afwezigheid van de werknemer de gang van zaken in het bedrijf ernstig schaadt.⁶⁸ Een afweging van het belang van een werknemer om in haar vrije tijd cocaïne te gebruiken en

65 Hof Amsterdam 29 september 2009, NJ 2010, 658 (*Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal*).

66 HR 3 november 1989, NJ 1991, 168 (*Prins/Sint Joseph*). Zie over de toelaatbaarheid van een verbod op het plaatsen van antennes ook § 2.5.2.

67 Dit artikel is, gelet op het woord 'redelijkerwijze', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

68 HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (*Venhorst/Inan*). Zie ook Smits 2006, p. 137.

het belang van de werkgeefster bij het behoud van haar goede naam en aantrekkelijkheid voor haar gasten, rechtvaardigt een streng antidrugsbeleid.⁶⁹

De factor ‘verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. De schending van een lager belang is minder snel strafbaar⁷⁰ of onrechtmatig⁷¹ als zij leidt tot de bescherming van een hoger belang.

De factor speelt ook een rol in andere rechtssstelsels. Verschillende Europese rechtssstelsels en het *DCFR* beperken de aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt bij de bescherming van *life, body, health or liberty* tegen een *imminent danger*. Deze beperking geldt alleen als het beschermde belang belangrijker is dan het geschade belang.⁷²

De factor ‘verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik heb de overlap met de factor ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’ besproken in § 7.2.1.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’.⁷³ Deze overlap is te vergelijken met de in § 6.2.2 besproken overlap tussen de factoren ‘omvang belang’ en ‘soort belang’. Een beroep op de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is directer. De partij met een belangrijker soort belang verdient meer bescherming *omdat* deze soort leidt tot een grotere omvang van het belang. Een duidelijk beroep op de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ vereist een beschrijving van de betrokken belangen. De soorten van de belangen kan hierbij voldoende aan bod komen. Een apart beroep op de factor ‘verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is niet nodig. De factor oefent geen zelfstandige invloed uit op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

69 HR 14 september 2007, *NJ* 2008, 334 (*Dirks/Hyatt*).

70 Sieburgh 2003b, p. 661, 669 en 671.

71 HR 3 mei 1934, *NJ* 1934, 1549 (*Van der Veen/Haarlem*), Meijers 1935, p. 581, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 90 en Jansen (*Onrechtmatige daad*), art. 6:162 BW, aantekeningen 176.2 en 177.1.

72 Art. VI-5:202 (3) *DCFR* en *DCFR* 2010, p. 3668 en 3675-3680.

73 § 7.3.1.

7.3.3 *Evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen*

Ik heb de invloed van het evenwicht tussen de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking besproken in de §§ 7.3.1 en 7.3.2. Uit de §§ 6.3 en 6.4 blijkt echter dat ook de belangen van derden en de algemene belangen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. In die paragrafen heb ik de invloed van één van deze belangen besproken.

Deze paragraaf behandelt de invloed van het evenwicht tussen belangen waarvan er ten minste één niet van één van de partijen bij de rechtsbetrekking is. Met andere woorden: onder de factor ‘evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen’ valt de invloed van het evenwicht tussen de belangen van één van de partijen en de belangen van een derde, tussen de belangen van één van de partijen en een algemeen belang, tussen de belangen van een derde en een algemeen belang, tussen de belangen van twee derden en tussen twee algemene belangen. Ik maak bij de bespreking van deze invloed geen onderscheid tussen een verschil in de omvang en een verschil in de ‘soort’ van het belang. Uit de §§ 6.2.2 en 7.3.2 blijkt immers dat de soort van het belang geen zelfstandige invloed uitoefent op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De factor ‘evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. Het belang van een woningcorporatie om geen discussies te krijgen over de toelaatbaarheid van schotelantennes is niet alleen onvoldoende om het fundamentele recht op informatie van haar wederpartij te beperken, het is ook onvoldoende om het recht op informatie van derden te beperken.⁷⁴ Een afweging van het maatschappelijke belang van een goede bescherming van (jeugdige) voetgangers en fietsers en de ‘belangen aan de zijde van het motorrijtuig’ pleit voor een gestandaardiseerde billijkheidscorrectie op grond van art. 6:101 lid 1 BW.⁷⁵

De toewijzing van een vordering tot de beëindiging van de huur van een woonruimte op grond van art. 7:274 lid 1 sub c BW vereist een afweging van de belangen van de huurder, de verhuurder en de onderhuurders. Zij vereist dus een afweging van de belangen van de partijen bij

74 Hof Amsterdam 24 februari 2009, NJ 2010, 657 (*Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal*). Zie ook § 7.3.2.

75 HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (*Terminus/ZAO*). Art. 6:101 lid 1 BW is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

de rechtsbetrekking en de belangen van derden. De onderhuurder is immers een derde bij de rechtsbetrekking tussen de huurder en de verhuurder.⁷⁶

De factor ‘evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen’ speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een vordering tot een verbod van een onrechtmatige gedraging kan op grond van art. 6:168 lid 1 BW worden afgewezen op grond van algemene belangen. Een afweging van de algemene en persoonlijke belangen beïnvloedt deze eventuele afwijzing.⁷⁷

Een publieke uitlating kan de eer of goede naam van een partij aantasten. Het antwoord op de vraag of dit een onrechtmatige daad oplevert, is afhankelijk van een afweging van het belang van de gelaedeerde en het door de uitlating gediende algemene belang.⁷⁸ Het belang van de gelaedeerde kan ook worden geformuleerd als een ‘maatschappelijke belang’, namelijk als “het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen”.⁷⁹ Bij een dergelijke herformulering is de eventuele onrechtmatigheid van de publieke uitlating afhankelijk van een afweging van twee algemene belangen.

De factor speelt ook een rol in het strafrecht. De hoogte van een straf is afhankelijk van een afweging van de belangen van de verdachte, het slachtoffer, andere derden en de rechtsgemeenschap.⁸⁰ Verduistering tast het eigendom van het slachtoffer aan. Deze aantasting kan echter gerechtvaardigd zijn als de dader (de waarde van) het verduisterde object gebruikt om twee mensenlevens te redden.⁸¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Uit § 7.3.2 blijkt dat verschillende rechtsstelsels en het *DCFR* de aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt bij de bescherming van *life, body, health or liberty* beperken. Zij beperken zowel de aansprakelijkheid voor de schade die is

76 Art. 7:274 lid 1 sub c BW is, gelet op het woord ‘billijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

77 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 671 (Handelingen II) en Smits 2006, p. 135. Zie ook HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (*Leffers/Nederland*).

78 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*), HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802 (*Telegraaf/A*), HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (*Ferdi E*), HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (*Het Parool/Van G*), HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529 (*De Hond/A*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 299.

79 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*) en Smits 2006, p. 137. Vergelijk ook HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (*Ferdi E*): “Het gaat hier om twee vrijheden die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn”.

80 Machielse 1993, p. 63 en Schuyt 2009, p. 8-9.

81 Rb. Groningen 14 november 1946, NJ 1947, 491 en Sieburgh 2003b, p. 669.

ontstaan bij het beschermen van een *eigen* belang als de aansprakelijkheid voor de schade die is ontstaan bij het beschermen van het belang van een *derde*.⁸²

De factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' vertoont een overlap met verschillende andere factoren. Ik bespreek de overlap met de factoren 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit' in de §§ 7.4.1 en 7.4.2.

De factor vertoont daarnaast een overlap met de factoren 'omvang belang', 'belangen van derden' en 'algemene belangen'.⁸³ Deze overlap is te vergelijken met de in § 6.2.1 besproken overlap tussen de factoren 'omvang belang' en 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'. De betrokkenheid van algemene belangen en de belangen van derden biedt echter wel degelijk ruimte voor nieuwe inzichten.

Uit § 6.2.1 blijkt dat zowel de belangen van één van de partijen als een afweging van de belangen van beide partijen een zelfstandige rol kunnen spelen. Ik beperk mij in deze paragraaf daarom tot de bespreking van de overlap tussen de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' en de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen'.

Verschillende factoren rechtvaardigen een ongelijke verdeling van de rechten en plichten tussen de partijen bij de rechtsbetrekking. Het beginsel van partijautonomie rechtvaardigt een ongelijke verdeling van de rechten en plichten in een overeenkomst. Het verwijtbare gedrag van één van de partijen rechtvaardigt een ongelijke verdeling in een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad.⁸⁴ Een dergelijke rechtvaardiging bestaat echter niet voor de aantasting van de belangen van derden en de algemene belangen. De aantasting van deze belangen wordt veroorzaakt door (één van) de partijen bij de rechtsbetrekking. De derden en 'de maatschappij' zijn hier niet verantwoordelijk voor. Zij hebben geen invloed op de totstandkoming van de rechtsbetrekking. Zij hebben geen mogelijkheid om een tegenprestatie te bedingen.

De factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen' pleiten voor een bescherming van de belangen van derden en de algemene belangen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Deze bescherming kan de belangen van één van de partijen bij de rechtsbetrekking aantasten. De derden en 'de maatschappij' hebben deze situatie echter niet

82 Art. VI.-5:202 (3) DCFR en DCFR 2010, p. 3668 en 3675-3680.

83 De §§ 6.2.1, 6.3 en 6.4.

84 § 7.3.1.

veroorzaakt. Waarom zou de bescherming van hun belangen afhankelijk moeten zijn van een afweging met de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking? Het ontbreken van een rechtvaardiging of verantwoordelijkheid voor de aantasting van de belangen van derden en de algemene belangen pleit voor een zelfstandige rol van de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen'.

De kwestie is hiermee echter niet afgedaan. De aantasting van de belangen van derden en de algemene belangen wordt veroorzaakt door (één van) de partijen bij de rechtsbetrekking. Zijn deze partijen ook *verantwoordelijk* voor deze aantasting? Zijn de partijen bij de rechtsbetrekking niet, binnen de grenzen van het recht, vrij om hun belangen te behartigen? Het antwoord op deze vragen is afhankelijk van twee conflicterende uitgangspunten. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de aantasting van de belangen van derden en de algemene belangen. Er bestaat echter net zo min een rechtvaardiging voor de beperking van de vrijheid van de partijen bij de rechtsbetrekking. Een vergelijking van de betrokken belangen biedt uitkomst. De redelijkheid en billijkheid verplicht de partijen om rekening te houden met de rechtens relevante belangen. Het evenwicht tussen de verschillende belangen beïnvloedt de omvang van deze plicht. De aantasting van een belang van een derde legt maar een beperkt gewicht in de schaal als het door deze aantasting behartigde belang van de partij vele malen groter is. Een beperkt voordeel voor één van de partijen rechtvaardigt geen omvangrijke aantasting van een algemeen belang.

De partijen bij de rechtsbetrekking hebben dikwijls een gespiegeld belang bij een eventuele werking van de redelijkheid en billijkheid. Beide partijen hebben bijvoorbeeld evenveel belang bij de eventuele matiging van een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:109 lid 1 BW.⁸⁵ Een vergelijking van de belangen van de partijen voegt in een dergelijk geval niets toe. Dit verkleint de rol van de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.

De algemene belangen en de belangen van (één van) de partijen bij de rechtsbetrekking zijn minder vaak aan elkaar gespiegeld. Natuurlijk: een algemeen belang kan bestaan uit het 'financieel-economische belang' van de gemeente.⁸⁶ Dit is echter een uitzondering. Algemene belangen bestaan uit de belangen van het handelsverkeer, het belang van

85 Dit is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4. Ik laat de rol van een verschil in de financiële positie buiten beschouwing. Vergelijk de §§ 4.8, 6.2.1 en 7.2.4.

86 HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (*Amstelimmoo/Amsterdam*).

volkshuisvesting, werkgelegenheid, de instandhouding van de wildpopulatie en rechtszekerheid. Een partij bij de rechtsbetrekking heeft hier hooguit een *verwant* of *indirect* belang bij. Zij heeft een belang bij *haar* huisvesting, *haar* baan en *haar* hertenbiefstuk. Het ontbreken van gespiegelde belangen vergroot de ruimte voor, en daarmee de rol van, de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'.

Een beroep op de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' verdient in veel gevallen de voorkeur. Een beroep op deze factor is directer. De invloed van de belangen van derden en de algemene belangen is uiteindelijk afhankelijk van een afweging met de andere betrokken belangen. Het beroep op de factor is daarnaast duidelijker. Een afweging van de betrokken belangen verklaart waarom de belangen van derden en de algemene belangen in sommige concrete gevallen voor de vrijheid van de partijen moeten wijken en in andere gevallen niet.

Spelen de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen' dan geen enkele zelfstandige rol? De *enkele* omvangrijke aantasting van een belang van een derde of een algemeen belang kan onredelijk zijn. Een vergelijking met de overige betrokken belangen is niet altijd noodzakelijk. Uit § 6.5 blijkt echter dat ook andere delen van het recht zich verzetten tegen een omvangrijke aantasting van de belangen van anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking. Dit verkleint de zelfstandige rol van de factoren 'belangen derden' en 'algemene belangen'. Het vermoorden van een onschuldige derde is niet alleen onredelijk, het is ook strafbaar. De factoren spelen slechts een zelfstandige rol als de andere delen van het recht tekortschieten.

Toch zijn er wel degelijk voorbeelden te geven waarin de belangen van anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid uitoefenen. Het volkshuisvestingbelang levert voor een gemeente een redelijke grond tot weigering van de toestemming tot splitsing in appartementsrechten op.⁸⁷ Het *enkele* volkshuisvestingbelang levert deze redelijke grond op. Andere belangen spelen slechts zijdelings een rol. Een afweging van het volkshuisvestingbelang met andere belangen kan de weigering alsnog onredelijk maken.

87 HR 23 december 1976, NJ 1977, 409 (*Reggezuid/Amsterdam*) Art. 5:106 lid 7 BW is, gelet op het woord 'redelijke', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 6.4.2.

Ook de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid zelfstandig. De factor speelt altijd dezelfde rol. Hij pleit tegen een werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze rol is niet afhankelijk van een afweging met de andere betrokken belangen.⁸⁸ De factor pleit zowel tegen de beperking van de gevolgen van een miljoenencontract als tegen de beperking van de gevolgen van de koop van een kilo appels.

De factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' legt de nadruk op een ander aspect van de betrokken belangen dan de factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen'. De voorkeur voor één van deze factoren is afhankelijk van het antwoord op de vraag welk aspect in het concrete geval relevant is. Een beroep op factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' verdient in de meeste gevallen de voorkeur. De factoren 'belangen van derden' en 'algemene belangen' kunnen echter ook zelfstandige invloed uitoefenen op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

7.4 Evenwicht tussen een gedraging en een belang

Een partij mag haar belangen behartigen.⁸⁹ Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. De redelijkheid en billijkheid eist dat de gedraging en de bij de gedraging betrokken belangen met elkaar in evenwicht zijn. Deze eis valt onder te verdelen in twee concretere subeisen. Een gedraging moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit (§ 7.4.1) en subsidiariteit (§ 7.4.2).

7.4.1 Proportionaliteit

De redelijkheid en billijkheid eist dat een gedraging of een uitoefening van een recht voldoet aan de eisen van het 'proportionaliteitsbeginsel'. Een gedraging voldoet aan deze eisen als zij in een redelijke verhouding staat tot het te behartigen belang. Zij mag niet leiden tot de onevenredige aantasting van een ander belang. Het door de gedraging behartigde belang moet opwegen tegen de door de gedraging aangetaste belangen.⁹⁰

88 De factor 'handelsverkeer' *beïnvloedt* het gewicht van de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid'. Er is echter geen sprake van een *belangenafweging*. Zie de §§ 6.4.1.1 en 6.4.4.

89 Vergelijk de §§ 3.2 en 7.3.3.

90 Stolp 2007, p. 7-8 en 41-42.

De factor 'proportionaliteit' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹¹ Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid kan de uitoefening van een recht beperken als deze uitoefening onevenredig grote schade zou veroorzaken. De redelijkheid en billijkheid kan om deze reden bijvoorbeeld de rechten op vervanging van de gekochte zaak op grond van art. 7:21 lid 1 sub c BW,⁹² opzegging,⁹³ opschorting,⁹⁴ ontbinding⁹⁵ en nakoming⁹⁶ beperken.

De redelijkheid en billijkheid eist een evenwicht tussen de wanprestatie en de op deze wanprestatie volgende uitoefening van een recht. Het evenwicht tussen de tekortkoming van de schuldenaar en de hierop volgende contractuele boete,⁹⁷ opschorting⁹⁸ of ontbinding⁹⁹ beïnvloedt de toelaatbaarheid van de uitoefening van deze rechten. Een wanverhouding tussen de (grote) omvang van de verplichting tot schadevergoeding en de (geringe) mate van de verwijtbaarheid van de schuldenaar pleit voor de matiging van deze verplichting.¹⁰⁰

De factor 'proportionaliteit' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Een verbintenis wordt op grond van art. 6:87 lid 2 BW niet omgezet in een vervangende schadevergoeding als de ondergeschikte betekenis van de tekortkoming deze omzetting niet rechtvaardigt. Een *noodzakelijke* verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed is op grond van art. 41 lid 1 Sr niet strafbaar. Een noodzakelijke

91 Zie in algemene zin ook Hesselink 1999, p. 64 en Maeijer 2000, p. 283.

92 Stolp 2007, p. 189.

93 Hof Arnhem 18 februari 2003, *JOR* 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*), Rb. Middelburg (vzr.) 20 oktober 2009, *JOR* 2010, 279 (*Goese Metaalhandel/Rabobank*), Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, *JOR* 2011, 237 (*Ruijgrok/Rabobank*) en Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, *LJN* BU9796 (*United Trust & Trade/Rabobank*).

94 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 207 (M.v.A. II) en 995 (T.M). Opschorting is een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

95 Bakels 1993, p. 228 en 278-280 en Stolp 2007, p. 203-220 en 280. De invloed van de factor 'proportionaliteit' op de toelaatbaarheid van een ontbinding is beperkt. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 685 en Bakels 2011, p. 84-85. Ontbinding is een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

96 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*), Hartlief 1994, p. 98, Jansen 2004, p. 125, Stolp 2007, p. 233-256, 267 en 279 en Ruygvoorn 2012, p. 620.

97 HR 27 april 1984, *NJ* 1984, 679 (*NVB/Sipke Helder*), HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 323 (*Dannemann Cigarrenfabrik/Verkoopcentrale van Tabaksproducten Holland*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 425.

98 Art. 6:262 lid 2 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 715. Zie ook noot 94.

99 Art. 6:265 lid 1 BW, Bakels 1993, p. 228 en 283-285 en Bakels 2011, p. 92-93. Zie ook noot 95.

100 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 404 (Vraagpunt) en 406 (M.v.A. II). Art. 6:109 lid 1 BW is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

verdediging is proportioneel. De verdediging en de aanranding zijn met elkaar in evenwicht. Het door de verdediging behartigde belang weegt op tegen de door deze verdediging aangetaste belangen.¹⁰¹

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. De uitoefening van het recht op opschorting¹⁰² of ontbinding¹⁰³ moet in verschillende rechtsstelsels, de *PECL* en het *DCFR* in een redelijke verhouding tot de tekortkoming van de schuldenaar staan. Deze rechtsstelsels beperken daarnaast het recht op nakoming als de uitoefening van dit recht onevenredig grote schade zou veroorzaken.¹⁰⁴ Ook het recht van de Europese Unie kent een '*principle of proportionality*'. De uitoefening van een gemeenschapsrecht levert misbruik van recht op als zij tot een onevenredig zware aantasting van de belangen van derden leidt.¹⁰⁵

Het 'proportionaliteitsbeginsel' is een rechtsbeginsel. De factor vertoont daarom een overlap met de factor 'rechtsbeginselen'. Uit § 2.5.1 blijkt echter dat een beroep op de factor 'rechtsbeginselen' niet de voorkeur verdient.

Een gedraging is disproportioneel als zij leidt tot een onevenredige aantasting van de belangen van een ander. Wanneer is de aantasting onevenredig? Het antwoord op deze vraag is *niet* afhankelijk van de *gedraging*. Het is afhankelijk van de *bij deze gedraging* betrokken belangen. De rol van de factor 'proportionaliteit' is afhankelijk van een afweging van belangen. De invloed van de factor is afhankelijk van het evenwicht tussen de belangen op het niveau van een *gedraging* of een *uitoefening van een recht*. De factor vertoont daarom een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.¹⁰⁶ De factor vertoont daarnaast een overlap met de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'.¹⁰⁷ De uitoefening van een recht kan immers ook leiden tot de onevenredig zware aantasting van de belangen van derden of de algemene belangen.

101 Jansen 2004, p. 124 en De Hullu 2012, p. 305, 312 en 314.

102 Hesselink 1999, p. 297-298, *PECL* 2000, p. 405 en 407 en *DCFR* 2010, p. 844 en 847-848.

103 De artt. 9:302 *PECL* en III.-3:506 (2) (a) *DCFR*, Hesselink 1999, p. 241 en 311-312, *PECL* 2000, p. 413 en *DCFR* 2010, p. 877-878.

104 Chancery Division 30 november 1976, *Tito v Waddell* (No. 2), [1977], *Ch.* 106, p. 326-328, Waddams 1995, p. 474, *PECL* 2000, p. 396 en 400 en *DCFR* 2010, p. 831 en 837. Zie ook § 6.2.1.

105 HvJ EG 23 maart 2000, nr. C-373/97 (*Diamantis*). Zie over de rol van proportionaliteit ook Van Gerven 1991, p. 76 en Aronstein 2011b, p. 56-58 en 146-147.

106 § 7.3.1.

107 § 7.3.3.

De invloed van de factor 'proportionaliteit' is uiteindelijk afhankelijk van een afweging van de betrokken belangen. Een beroep op de factoren 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' en 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' is daarom directer. Een beroep op deze factoren is ook duidelijker. De nadruk op de gedraging verduidelijkt niet. Hij verhult slechts dat de invloed van de factor uiteindelijk afhankelijk is van een afweging van de betrokken belangen.

De factor 'proportionaliteit' maakt wel duidelijk *op welk niveau* de belangen zijn afgewogen. Dit geeft de factor echter geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een duidelijk beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' of de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' vereist een beschrijving van de gemaakte afweging. Het niveau waarop de afweging heeft plaatsgevonden kan hier voldoende aan bod komen.

7.4.2 Subsidiariteit

De redelijkheid en billijkheid eist dat een gedraging of een uitoefening van een recht voldoet aan de eisen van het 'subsidiariteitsbeginsel'. Een gedraging voldoet aan deze eisen als het door de gedraging behartigde belang niet op een minder ingrijpende wijze kan worden behartigd. Het beginsel eist de uitoefening van de *minst vergaande bevoegdheid* op de *minst ingrijpende wijze*.¹⁰⁸ Een gedraging is het 'minst ingrijpend' als er tegenover de behartiging van het belang een zo klein mogelijke aantasting van andere belangen staat.

De factor 'subsidiariteit' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik geef enkele voorbeelden. De redelijkheid en billijkheid kan de uitoefening van een recht beperken als de schuldeiser zijn belang op een minder ingrijpende wijze kan behartigen. De redelijkheid en billijkheid kan om deze reden bijvoorbeeld de rechten op vervanging

108 Stolp 2007, p. 6-7 en 41.

van de gekochte zaak op grond van art. 7:21 lid 1 sub c BW,¹⁰⁹ opzegging,¹¹⁰ ontbinding¹¹¹ en nakoming¹¹² beperken.

De factor 'subsidiariteit' speelt ook een rol buiten de redelijkheid en billijkheid. Nakoming is een minder vergaande remedie dan schadevergoeding. Een vordering tot schadevergoeding ontstaat dan ook slechts nadat de schuldenaar de mogelijkheid heeft gekregen om alsnog na te komen.¹¹³ Een *noodzakelijke* verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed is op grond van art. 41 lid 1 Sr niet strafbaar. Een noodzakelijke verdediging voldoet aan de eisen van het subsidiariteitsbeginsel.¹¹⁴ De factor beïnvloedt de eventuele onrechtmatigheid van een gedraging. De bescherming van een relevant belang is eerder onrechtmatig als het belang ook op een minder ingrijpende wijze kan worden verdedigd.¹¹⁵

De factor speelt ook een rol in andere rechtsstelsels. Verschillende Europese rechtsstelsels en het *DCFR* beperken de aansprakelijkheid voor schade die is veroorzaakt bij de bescherming van *life, body, health or liberty* tegen een *imminent danger*. Deze beperking geldt alleen als het veroorzaken van de schade 'noodzakelijk' is. Het belang kan niet worden beschermd zonder de belangen van een ander aan te tasten.¹¹⁶

109 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 136 (M.v.T.), Bakels 1993, p. 266, Asser/Hijma 2007 (5-I), nr. 398 en Stolp 2007, p. 189-190.

110 Hof Arnhem 18 februari 2003, *JOR* 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*), Rb. Middelburg (vzr.) 20 oktober 2009, *JOR* 2010, 279 (*Goese Metaalhandel/Rabobank*), Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, *JOR* 2011, 237 (*Ruijgrok/Rabobank*) en Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, *LJN* BU9796 (*United Trust & Trade/Rabobank*).

111 Bakels 1993, p. 226, 260-261 en 277, Hartlief 1994, p. 99 en Stolp 2007, p. 50, 84, 98, 102, 128-129, 149, 170-173, 263 en 277. De invloed van de factor 'subsidiariteit' op de toelaatbaarheid van een ontbinding is beperkt. Zie Stolp 2007, p. 136-139, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 685 en Bakels 2011, p. 84-85. Ontbinding is een in § 1.2.4 besproken kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

112 HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 79 (*Multi Vastgoed/Nethou*) en Stolp 2007, p. 195-199 en 276.

113 De artt. 6:74 lid 2 en 82 lid 1 BW en Stolp 2007, p. 101-102 en 263. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*), nr. 380. Hartkamp en Sieburgh noemen de verplichting tot het betalen van schadevergoeding een subsidiaire verplichting. Art. 6:82 lid 1 BW bevat, geleet op het woord 'redelijke', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Deze precisering ziet echter op de lengte van de termijn. Zij ziet niet op de het bieden van de mogelijkheid tot nakoming.

114 Jansen 2004, p. 124 en De Hullu 2012, p. 312-313.

115 HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*), HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 802 (*Telegraaf/A*), HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 9 (*Akin/Steenbakkers*), HR 1 oktober 2010, *NJ* 2010, 529 (*De Hond/A*), Jansen 2004, p. 125 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*), nr. 299.

116 Art. VI-5:202 (3) *DCFR* en *DCFR* 2010, p. 3675-3680.

De factor speelt ook een rol in het recht van de Europese Unie. Een aantasting van de door het recht van de Europese Unie gewaarborgde ‘fundamentele vrijheden’ mag niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van het met de aantasting nagestreefde doel.¹¹⁷ Het recht van de Europese Unie kent een ‘*principle of proportionality*’.¹¹⁸ Dit beginsel omvat zowel de eisen van proportionaliteit als de eisen van subsidiariteit. Zo eist het beginsel dat de verbetering van de positie van oudere werklozen gepaard gaat met een minimale aantasting van het ‘*principle of equal treatment*’.¹¹⁹

Het ‘subsidiariteitsbeginsel’ is een rechtsbeginsel. De factor vertoont daarom een overlap met de factor ‘rechtsbeginselen’. Uit § 2.5.1 blijkt echter dat een beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ niet de voorkeur verdient.

De factor ‘subsidiariteit’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid als een partij haar belang op verschillende manieren kan behartigen. De factor lijkt daarom een overlap te vertonen met de factor ‘alternatief’.¹²⁰ Er bestaat echter een belangrijk verschil tussen beide factoren. De invloed van de factor ‘alternatief’ is afhankelijk van de waarde van het alternatief voor de partij met het alternatief. Behartigt het alternatief het betrokken belang even goed? Is het zeker dat de uitoefening van het alternatief tot een behartiging van het betrokken belang leidt?

Deze vragen spelen geen rol bij het bepalen van de invloed van de factor ‘subsidiariteit’. De factor beschouwt de behartiging van het belang van de rechthebbende als een gegeven. Hij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid slechts als vaststaat dat de uitoefening van het alternatief het belang van de rechthebbende afdoende behartigt. De invloed van de factor is niet afhankelijk van de belangen van de partij met het alternatief. Hij is afhankelijk van de belangen van haar wederpartij.

De factor vertoont een overlap met de factor ‘omvang belang’.¹²¹ De invloed van de factor ‘subsidiariteit’ is immers afhankelijk van de omvang van de aantasting van de belangen van één van de partijen. Een beroep op de factor ‘subsidiariteit’ verdient de voorkeur. De behartiging van een belang op een ‘ingrijpendere’ wijze leidt tot een ‘extra’ aantasting van de belangen van de wederpartij. Een beroep op de factor ‘omvang belang’

117 HvJ EG 17 juli 2008, nr. C-500/06 (*Dermoestética*) en Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), nr. 64.

118 Zie ook § 7.4.1.

119 HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04 (*Mangold*).

120 § 6.2.3.

121 § 6.2.1.

verduidelijkt echter niet waarom juist deze 'extra' aantasting van belang is. Deze 'extra' aantasting is van belang omdat hier geen behartiging van het belang van de partij tegenover staat. De partij kan haar belang immers net zo goed op een andere, minder belastende, wijze behartigen. Niet de omvang van de aantasting, maar de zinloosheid van de 'extra' aantasting beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De invloed van de factor 'subsidiariteit' is dus niet te verklaren zonder de betrokken belangen met elkaar te vergelijken. De factor vertoont daarom ook een overlap met de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'.¹²² Hij vertoont daarnaast een overlap met de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'.¹²³ De uitoefening van een recht kan immers ook de belangen van derden of de algemene belangen onnodig zwaar aantasten.

Ook een beroep op één van deze factoren verdient niet de voorkeur. De factoren zijn afhankelijk van het evenwicht tussen de betrokken belangen. Dit evenwicht speelt echter geen rol bij de factor 'subsidiariteit'. De minst ingrijpende wijze om een belang te behartigen voldoet aan de eisen van het subsidiariteitsbeginsel, ook als het behartigde belang kleiner is dan de aantasting van de andere betrokken belangen. Ik geef een voorbeeld. Een partij verhuurt een woning aan een gezin met twee kinderen. De verhuurder heeft de woning dringend nodig voor eigen gebruik. Hij wil in deze woning een winkel openen. Stel dat de verhuurder zijn belang alleen kan behartigen door een opzegging van de huurovereenkomst. De opzegging zou ertoe leiden dat het gezin op straat terecht komt. Het betrokken belang van het gezin is groter dan het belang van de verhuurder. De factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' pleit daarom voor het beperken van de opzeggingsmogelijkheid. De factor 'subsidiariteit' pleit hier niet voor. De opzegging van de huurovereenkomst is in deze casus immers de enige, en dus de minst ingrijpende, wijze om het belang van de verhuurder te behartigen.

Het is onbehoorlijk om de belangen van een ander onnodig aan te tasten. De factor vertoont daarom een overlap met de factor 'verwijtbare gedragingen'.¹²⁴ Een beroep op de factor 'verwijtbare gedragingen' is niet duidelijk. Deze factor kijkt slechts naar de mate van verwijtbaarheid van de in het concrete geval gekozen gedraging. Hij kijkt slechts naar één

122 § 7.3.1.

123 § 7.3.3.

124 § 3.2.1.

gedraging. De onbehoorlijkheid van de gedraging blijkt echter uit een *vergelijking* van de verschillende manieren om het belang te behartigen. Een beroep op de factor 'subsidiariteit' maakt duidelijk dat in het concrete geval juist de vergelijking van de verschillende mogelijkheden de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

De factor 'subsidiariteit' combineert elementen van de factoren 'verwijtbare gedragingen', 'omvang belang', 'alternatief', 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' en 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'. Een beroep op de factor 'subsidiariteit' verdient de voorkeur boven een beroep op één van deze factoren. Dit geeft de factor, en daarmee de subcategorie 'evenwicht tussen een gedraging en een belang', zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

7.5 Conclusie

De benaderingswijze 'evenwicht' behandelt het relatieve aspect van de in de andere hoofdcategorieën behandelde factoren.¹²⁵ De behandeling van de verschillende factoren uit deze hoofdcategorie vereist geen aparte benaderingswijze. Het relatieve aspect van een factor kan ook bij de factor zelf worden behandeld. De invloed van het verschil in een kenmerk kan aan bod komen bij de behandeling van de invloed van het kenmerk. Een beschrijving van de invloed van een belang sluit de behandeling van de invloed van het evenwicht met een ander belang niet uit. Het 'proportionaliteitsbeginsel' en het 'subsidiariteitsbeginsel' zijn rechtsbeginselen. Zij kunnen bij de factor 'rechtsbeginselen' aan bod komen.¹²⁶ Het is dus mogelijk om de benaderingswijze 'evenwicht' te schrappen. Dit verdient om verschillende redenen echter niet de voorkeur.

De aparte behandeling van de benaderingswijze 'evenwicht' benadrukt in de eerste plaats dat er een *onderscheid* bestaat tussen de factoren uit de andere hoofdcategorieën en het relatieve aspect van deze factoren. De factoren uit de hoofdcategorie 'evenwicht' spelen een zelfstandige rol *naast* de factoren van wie zij het relatieve aspect behandelen. Zowel de kenmerken van één van de partijen bij de rechtsbetrekking als het evenwicht tussen de kenmerken van beide partijen beïnvloeden de werking

¹²⁵ § 7.1.

¹²⁶ § 2.5.1.

van de redelijkheid en billijkheid.¹²⁷ De belangen van een partij, de belangen van een derde en de algemene belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het evenwicht tussen de betrokken belangen beïnvloedt de werking *ook*.¹²⁸

De voorkeur voor een factor uit de benaderingswijze ‘evenwicht’ of een factor uit een andere benaderingswijze is afhankelijk van het concrete geval. De factoren uit de benaderingswijze ‘evenwicht’ verdienen de voorkeur als juist het relatieve aspect de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt.

Een keuze tussen de verschillende benaderingswijzen is echter niet altijd nodig. Eén kenmerk of één belang kan de werking van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval beïnvloeden. Dit sluit echter niet uit dat het relatieve aspect van dit kenmerk of belang *zijdelings ook* een rol speelt. Ik heb hier in de §§ 7.2.4 en 7.3.3 voorbeelden van gegeven.

De mogelijke samenloop tussen een factor en het relatieve aspect van deze factor benadrukt opnieuw dat de factoren uit de hoofdcategorie ‘evenwicht’ zijn te onderscheiden van de factoren uit de andere hoofdcategorieën. De zelfstandige invloed van beide categorieën is niet alleen theoretisch. Zij kunnen *beide* de werking van de redelijkheid en billijkheid *in een concreet geval* beïnvloeden.

De factor ‘subsidiariteit’ biedt een voorbeeld. De factor combineert elementen van verschillende factoren. Zijn invloed is afhankelijk van de aantasting van de belangen van één van de partijen, de belangen van een derde of een algemeen belang. Een duidelijk beroep op de factor vereist echter aandacht voor het relatieve aspect van de betrokken belangen. De factor ‘subsidiariteit’ beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid omdat er tegenover de ‘extra’ aantasting van het ene belang geen behartiging van het andere belang staat.¹²⁹

De aparte behandeling van de benaderingswijze ‘evenwicht’ heeft nog een voordeel. Zij verduidelijkt dat niet alleen vergelijkingen van omstandigheden die behoren tot *dezelfde* factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Ook vergelijkingen van omstandigheden die behoren tot *verschillende* factoren beïnvloeden deze werking.

De invloed van de factoren ‘verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit’, ‘verschil in deskundigheid’, ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’, ‘verschil in financiële positie’, ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ en

127 § 7.2.

128 § 7.3.

129 § 7.4.2.

‘verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is afhankelijk van een vergelijking van omstandigheden die behoren tot *dezelfde* factor.¹³⁰ De invloed van de factor ‘verschil in deskundigheid’ is afhankelijk van de deskundigheid van de ene partij in vergelijking met de deskundigheid van de andere partij. De invloed van de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is afhankelijk van een vergelijking van de omvang van de belangen van de partijen. De invloed van deze vergelijkingen kan ook worden besproken bij de factoren ‘deskundigheid’ en ‘omvang belang’.¹³¹

De invloed van de factor ‘evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen’ is afhankelijk van een vergelijking van omstandigheden die behoren tot *verschillende* factoren.¹³² Hij is afhankelijk van een vergelijking van de belangen die behoren tot de factoren ‘omvang belang’, ‘belangen van derden’ en ‘algemene belangen’.¹³³ De invloed van de omvang van een belang van een partij bij de rechtsbetrekking is niet langer alleen afhankelijk van de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking. Hij is ook afhankelijk van andere belangen.

De invloed van de factor ‘evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen’ is afhankelijk van een vergelijking van individuele belangen. De factoren uit de benaderingswijze ‘belangen’ behandelen de invloed van deze individuele belangen.¹³⁴ De factoren behoren tot *dezelfde* benaderingswijze. Het is echter ook mogelijk om omstandigheden die behoren tot factoren uit *verschillende* benaderingswijzen met elkaar te vergelijken. De factor ‘subsidiariteit’ laat zien dat een beroep op een dergelijke vergelijking in bepaalde gevallen de voorkeur verdient.¹³⁵ De invloed van deze factor is afhankelijk van een vergelijking van verschillende mogelijke gedragingen en de door deze gedragingen aangetaste belangen. De factoren uit de hoofdcategorieën ‘gedragingen en gebeurtenissen’ en ‘belangen’ behandelen de invloed van deze individuele gedragingen en belangen.¹³⁶

De in dit hoofdstuk behandelde factoren reflecteren de huidige stand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie.¹³⁷ De benaderingswijze is

130 De §§ 7.2.1, 7.2.2, 7.2.3, 7.2.4, 7.3.1 en 7.3.2.

131 De §§ 4.4 en 6.2.1.

132 § 7.3.3.

133 De §§ 6.2.1, 6.3 en 6.4.

134 Hoofdstuk 6.

135 § 7.4.2.

136 De hoofdstukken 3 en 6.

137 De §§ 1.4.1.4 en 1.7.

echter niet noodzakelijk tot deze factoren beperkt. Het is ook mogelijk om andere omstandigheden met elkaar te vergelijken. De bij deze omstandigheden behorende factoren kunnen tot dezelfde benaderingswijze behoren. Het is bijvoorbeeld mogelijk om de professionaliteit van de ene partij te vergelijken met de deskundigheid van de andere partij.¹³⁸ Het is echter ook mogelijk om omstandigheden die behoren tot factoren uit verschillende benaderingswijzen met elkaar te vergelijken. Wat te denken van een vergelijking van de financiële positie van de partij en de omvang van haar belang?¹³⁹

De benaderingswijze 'evenwicht' heeft ruimte voor verdere ontwikkeling. Hiermee is echter niet gezegd dat de eventuele toekomstige factoren ook een zelfstandige rol spelen. Een nieuwe factor speelt slechts een zelfstandige rol als een beroep op deze factor voldoet aan de in § 1.5.4 gestelde eisen. De benaderingswijze 'evenwicht' en zijn, al dan niet toekomstige, factoren verdienen slechts de voorkeur als juist een vergelijking de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval beïnvloedt.

138 Vergelijk HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 (*Stavenuiter/Oosterbaan*).

139 Vergelijk Art. 2043*sexies*, § 2 Belgisch BW, Swaenepoel 2011, p. 164 en § 4.8.

HOOFDSTUK 8

CONCLUSIE

8.1 Inleiding

De redelijkheid en billijkheid speelt een grote rol in het Nederlandse vermogensrecht. Deze rol blijkt niet alleen uit de algemene artikelen 6:2 en 248 BW. Verschillende artikelen verklaren de redelijkheid en billijkheid van toepassing op andere verhoudingen. Art. 6:8 BW verklaart de redelijkheid en billijkheid bijvoorbeeld van toepassing op de rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren.¹ Art. 6:216 BW verklaart daarnaast afdeling 6.5.4 BW, en dus ook art. 6:248 BW, van toepassing op andere meerzijdige rechtshandelingen. De rechter kan de redelijkheid en billijkheid bovendien ook toepassen op andere verhoudingen. De redelijkheid en billijkheid beheerst bijvoorbeeld ook de verhouding tussen onderhandelende partijen.²

De rol van de redelijkheid en billijkheid blijkt daarnaast uit wettelijke ‘verbijzonderingen’. Verschillende wettelijke regels ‘preciseren’ de werking van de redelijkheid en billijkheid. De bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen op grond van art. 3:35 BW is bijvoorbeeld afhankelijk van de betekenis die de vertrouwende partij *redelijkerwijze* mocht toekennen aan een verklaring of gedraging. De redelijkheid en billijkheid beïnvloedt het antwoord op de vraag of het vertrouwen gerechtvaardigd is.³ Verschillende wettelijke regels of regelcomplexen ‘kristalliseren’ daarnaast normen die oorspronkelijk op de redelijkheid en billijkheid werden gebaseerd. De redelijkheid en billijkheid speelt een rol bij het bepalen van de rechtsgevolgen van deze kristallisaties. Het antwoord op de vraag of een werknemer zich gedraagt als ‘goed werknemer’ in de zin van art. 7:611 BW is bijvoorbeeld afhankelijk van de redelijkheid en billijkheid.⁴

1 Zie § 1.2.2 voor andere voorbeelden.

2 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*). Zie ook § 1.2.2.

3 § 1.2.3.

4 § 1.2.4.

De redelijkheid en billijkheid is van toepassing op iedere verbintenis, meerzijdige rechtshandeling en overeenkomst. Zij is daarnaast, eventueel op grond van een wettelijke bepaling, van toepassing op verschillende andere verhoudingen. De redelijkheid en billijkheid beheerst het hele vermogensrecht. In het vermogensrecht bestaat er geen figuur waarop de redelijkheid en billijkheid *niet* van toepassing is.⁵

De redelijkheid en billijkheid is een open norm. Haar werking is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. De precieze invloed van de verschillende relevante omstandigheden op de werking van de redelijkheid en billijkheid is echter niet altijd duidelijk. Er bestaat geen vaste rangorde tussen de verschillende factoren. Er bestaan geen factoren die functioneren als *voorwaarde* voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid. Noch bestaan er (combinaties van) factoren die *altijd*, ongeacht en met uitsluiting van de overige relevante omstandigheden, tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid leiden. De Hoge Raad verwerpt dergelijke regels, op een enkele uitzondering na, uitdrukkelijk.⁶

De onduidelijkheid over de invloed van de omstandigheden van het geval leidt tot rechtsonzekerheid. Deze onzekerheid is, mede gelet op de grote rol van de redelijkheid en billijkheid, onwenselijk.⁷ Dit onderzoek is gericht op het vergroten van de rechtszekerheid. Ik geef hiervoor een systematisch overzicht van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Het onbeperkte aantal concrete omstandigheden is hiervoor teruggebracht tot een beperkt aantal abstractere factoren.⁸ Deze factoren zijn ingedeeld in de hoofdcategorieën ‘normen’, ‘gedragingen en gebeurtenissen’, ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’, ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’, ‘belangen’ en ‘evenwicht’.⁹

De hoofdcategorieën staan voor benaderingswijzen. De afzonderlijke factoren volgen één van deze benaderingswijzen. De relevantie van een concrete omstandigheid, of een complex van concrete omstandigheden, is in veel gevallen op verschillende manieren te benaderen. Een concrete omstandigheid kan dan ook onder verschillende factoren vallen. Ik geef een voorbeeld. Een professioneel bedrijf verkoopt een product aan een particulier. Dit feitencomplex is te benaderen vanuit de hoofdcategorie ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’. De aard van

5 § 1.2.6.

6 § 1.4.2.

7 De ‘inleiding en vraagstelling’. Zie ook de §§ 6.4.1 en 6.4.1.1.

8 De ‘inleiding en vraagstelling’ en § 1.5.1.

9 § 1.5.1.

de overeenkomst is in dit geval van belang. Er is hier immers sprake van een ‘consumentenkoop’. Het feitencomplex is ook te benaderen vanuit de hoofdcategorie ‘evenwicht’. Deze hoofdcategorie legt de nadruk op het verschil in de kenmerken van de partijen. Zij benadrukt dat er een verschil bestaat in de professionaliteit van de partijen. Beide hoofdcategorieën verwijzen echter naar dezelfde concrete omstandigheden.¹⁰

De verschillende benaderingswijzen leiden tot een ‘overlap’ tussen de verschillende factoren. De overlappende factoren verklaren de invloed van dezelfde concrete omstandigheid. Zij zijn in de context van deze concrete omstandigheid inwisselbaar. Toch is een systematisch overzicht van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden niet compleet zonder de behandeling van al deze, al dan niet overlappende, factoren. De factoren zijn immers niet willekeurig gekozen. Zij zijn ontleend aan de wet, de literatuur en de jurisprudentie.¹¹ De aandacht voor de overlappingsen laat zien dat een beroep op dezelfde concrete omstandigheid op verschillende manieren kan worden geformuleerd. Hij verduidelijkt waarom verschillende bronnen andere relevante omstandigheden noemen bij hetzelfde of een vergelijkbaar feitencomplex. De aandacht maakt het daarnaast mogelijk om de verschillende overlappende factoren met elkaar te vergelijken. Een beroep op een factor die veel duidelijk maakt over de invloed van een omstandigheid op de werking van de redelijkheid en billijkheid verdient de voorkeur boven een beroep op een factor die minder duidelijk maakt.¹²

De hoofdstukken 2 tot en met 7 geven een systematisch overzicht van de verschillende factoren. In dit hoofdstuk kom ik tot een conclusie. Ik begin met de beantwoording van de verschillende subvragen (§ 8.2). Vervolgens beantwoord ik de hoofdvraag. Hierbij kom ik tot een verbinding van de afzonderlijke hoofdstukken (§ 8.3). Ik doe hierna enkele aanbevelingen aan de wetgever, de rechter en de praktijkjurist (§ 8.4). Daarnaast beschrijf ik verschillende mogelijkheden tot nader onderzoek (§ 8.5). Ik eindig met een conclusie van het hoofdstuk en het onderzoek (§ 8.6).

10 § 1.5.2.

11 De §§ 1.4.1.4, 1.5.3 en 1.7.

12 § 1.5.4.

8.2 Beantwoording van de subvragen

De ‘inleiding en vraagstelling’ bevat verschillende subvragen en hypothesen. Hoofdstuk 1 bevat enkele algemene opmerkingen over de redelijkheid en billijkheid. Ik heb in § 1.7 mede aan de hand van deze opmerkingen een methode ontwikkeld om de hypothesen te testen. Ik beantwoord de subvragen in deze paragraaf.

8.2.1 Beantwoording van subvraag A

Subvraag A luidt als volgt: *spelen de omstandigheden die van belang zijn voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid ook een rol bij andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid?* Ik ben bij de beantwoording van deze subvraag uitgegaan van de volgende hypothese: *iedere factor speelt een rol bij ten minste twee afzonderlijke werkingen van de redelijkheid en billijkheid.*

Bij iedere factor zijn er in de wet, de literatuur en de jurisprudentie voorbeelden te vinden van de invloed van deze factor op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De voorbeelden zien steeds op ten minste twee verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid. De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ beïnvloedt bijvoorbeeld zowel de matiging van een vordering tot schadevergoeding als de omvang van zorgplichten.¹³

De hypothese bij subvraag A is vooralsnog niet gefalsificeerd. Subvraag A dient, wat betreft de in dit proefschrift onderzochte omstandigheden, positief te worden beantwoord. Ja, de omstandigheden die van belang zijn voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid, spelen ook een rol bij andere werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met twee beperkingen. Allereerst is de hypothese getest op het niveau van de abstracte factoren. Het onbeperkte aantal concrete omstandigheden is teruggebracht tot een beperkt aantal abstractere factoren.¹⁴ Alle in dit onderzoek behandelde factoren spelen een rol bij verschillende werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Het is echter niet uitgesloten dat een verdere onderverdeling van de factoren laat zien dat er concretere omstandigheden bestaan die slechts een rol spelen bij één specifieke werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast zijn de in dit onderzoek behandelde factoren geselecteerd aan de hand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie.¹⁵ Zij vertegenwoordigen

13 § 4.2.

14 De ‘inleiding en vraagstelling’.

15 De §§ 1.4.1.4, 1.5.3 en 1.7.

niet noodzakelijk alle mogelijke relevante omstandigheden. Uit een toekomstige bron kan blijken dat de werking van de redelijkheid en billijkheid mede afhankelijk is van omstandigheden die niet bij deze factoren passen.¹⁶ Het is mogelijk dat deze omstandigheden slechts een rol spelen bij één specifieke werking van de redelijkheid en billijkheid.

De invloed van een factor is niet altijd aan te tonen met voorbeelden die blijken uit de 'heersende leer' of 'vaste jurisprudentie'. Verschillende voorbeelden komen slechts voor bij een enkele auteur of in een enkele rechterlijke uitspraak. Het stilzitten van de schuldenaar kan bijvoorbeeld voor de beperking van de verjaring van een rechtsvordering pleiten. Dit blijkt echter slechts uit één uitspraak.¹⁷ Een 'heersende leer' of 'vaste jurisprudentie' is echter ook niet nodig.¹⁸ De voorbeelden tonen slechts aan dat de factor de werking van de redelijkheid en billijkheid op verschillende manieren *kan* beïnvloeden. Een beroep op een andere factor kan de voorkeur verdienen.¹⁹

8.2.2 Beantwoording van subvraag B

Subvraag B luidt als volgt: *spelen de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol op andere plaatsen in het recht?* Ik ben bij de beantwoording van deze subvraag uitgegaan van de volgende hypothese: *iedere factor speelt ook een rol op een andere plaats in het Nederlandse recht.*

De behandeling van iedere factor bevat ten minste één voorbeeld van de invloed van de factor buiten de redelijkheid en billijkheid. Een verwijtbare gedraging beïnvloedt bijvoorbeeld de werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij is daarnaast in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid.²⁰

De hypothese bij subvraag B is vooralsnog niet gefalsificeerd. Subvraag B dient, wat betreft de in dit proefschrift onderzochte omstandigheden, positief te worden beantwoord. Ja, de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, spelen ook een rol op andere plaatsen in het recht. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met de in § 8.2.1 besproken beperkingen. Een verdere onderverdeling van de factoren kan laten zien dat er relevante omstandigheden

16 § 8.3.8.

17 Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012, 578 (Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland) en § 3.2.2. Zie voor andere voorbeelden de §§ 2.3.3 en 7.2.4.

18 § 1.4.1.4.

19 § 8.2.4.

20 § 3.2.1.

bestaan die geen rol spelen op andere plaatsen in het recht. Toekomstige bronnen kunnen deze omstandigheden ook blootleggen.

De positieve beantwoording van subvraag B laat zien dat er geen onoverbrugbare kloof bestaat tussen de redelijkheid en billijkheid en andere onderdelen van het recht. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van dezelfde omstandigheden als de werking van de andere delen van het recht. Dit verbaast niet. Zowel de redelijkheid en billijkheid als de andere delen van het recht stimuleert de rechtvaardigheid.²¹ Wat rechtvaardig is in het kader van de redelijkheid en billijkheid, is ook rechtvaardig in het kader van de andere delen van het recht.

8.2.3 Beantwoording van subvraag C

Subvraag C luidt als volgt: *spelen de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol in niet-Nederlandse rechtssystemen?* Ik ben bij de beantwoording van deze subvraag uitgegaan van de volgende hypothese: *iedere factor speelt ook een rol in een niet-Nederlands rechtstelsel.*

De behandeling van iedere factor bevat ten minste één voorbeeld van de invloed van de factor in een niet-Nederlands rechtstelsel. Er bestaat bijvoorbeeld zowel in Nederland als in andere landen een verband tussen moraal en (buitenlandse varianten op) de redelijkheid en billijkheid. De factor 'moraal' beïnvloedt bovendien de werking van de buitenlandse varianten op art. 3:40 BW.²²

De hypothese bij subvraag C is vooralsnog niet gefalsificeerd. Subvraag C dient, wat betreft de in dit proefschrift onderzochte omstandigheden, positief te worden beantwoord. Ja, de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, spelen ook een rol in niet-Nederlandse rechtssystemen. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met de in § 8.2.1 besproken beperkingen. Een verdere onderverdeling van de factoren kan laten zien dat er relevante omstandigheden bestaan die geen rol spelen in andere rechtssystemen. Toekomstige bronnen kunnen deze omstandigheden ook blootleggen.

De positieve beantwoording van subvraag C laat zien dat er geen onoverbrugbare kloof bestaat tussen het Nederlandse recht en andere rechtssystemen. Het Nederlandse recht verbindt gevolgen aan dezelfde omstandigheden als andere rechtssystemen. De positieve beantwoording

21 De 'inleiding en vraagstelling', onder subvraag B.

22 § 2.2.

van subvraag C laat zien dat de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, *een* rol spelen in niet-Nederlandse rechtssystemen. Hiermee is echter niet gezegd dat deze omstandigheden *dezelfde* rol spelen. De beantwoording van de vraag in hoeverre de rol van een omstandigheid in de verschillende rechtssystemen overeenkomt, valt buiten het bereik van dit onderzoek.²³

8.2.4 Beantwoording van subvraag D

Subvraag D luidt als volgt: *kan een scherper onderscheid tussen de omstandigheden van het geval onduidelijkheid wegnemen?* Ik ben bij de beantwoording van deze subvraag uitgegaan van de volgende hypothese: *de relevantie van iedere omstandigheid kan door verschillende factoren worden verklaard, een scherp onderscheid tussen deze factoren verduidelijkt de rol van de omstandigheden van het geval.*

Iedere factor kan worden ‘vertaald’ in een andere factor. Er bestaan geen factoren die geen enkele overlap vertonen met een andere factor. Er bestaan zelfs factoren die de relevantie van iedere omstandigheid kunnen verklaren. Iedere factor vertoont een overlap met een dergelijke factor. Het is bijvoorbeeld altijd mogelijk om een rechtsbeginsel te formuleren dat de invloed van een concrete omstandigheid verklaart.²⁴ Het eerste gedeelte van de hypothese is niet gefalsificeerd.

Verschiedende factoren kunnen de relevantie van een concrete omstandigheid verklaren. Dit betekent echter niet dat een beroep op iedere factor even duidelijk is. Een beroep op een bepaalde factor verdient de voorkeur als dit beroep ‘duidelijk’ en ‘direct’ is. Een beroep is duidelijk als het verklaart waarom en hoe de factor de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. Een beroep is direct als de invloed van de factor niet afhankelijk is van andere factoren.²⁵

In sommige gevallen verdient een beroep op de ene factor de voorkeur boven een beroep op een andere, overlappende factor. Een beroep op de factor ‘omvang belang’ verdient bijvoorbeeld de voorkeur boven een beroep op de factor ‘soort belang’.²⁶ De soort van het belang is immers relevant *omdat* hij invloed uitoefent op de omvang van het betrokken belang. Uiteindelijk beïnvloedt de omvang van het belang de werking van de

²³ Zie ook § 8.5.

²⁴ § 2.5.1. Zie voor andere voorbeelden de §§ 2.2, 2.3.1, 2.5, 3.2 en 5.3.2.

²⁵ § 1.5.4.

²⁶ § 6.2.2.

redelijkheid en billijkheid. Een beperkte aantasting van een belangrijk belang kan in een concreet geval minder gewicht in de schaal leggen dan een grote aantasting van een minder belangrijk belang.

In andere gevallen verdient een beroep op een combinatie van factoren de voorkeur. De deskundigheid van een partij beïnvloedt het vertrouwen dat de wederpartij aan haar verklaringen mag ontlelen. De wederpartij mag meer vertrouwen ontlelen aan de verklaringen van een deskundige partij. Uiteindelijk beïnvloedt het opgewekte vertrouwen, en dus de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘deskundigheid’ verduidelijkt echter waarom het vertrouwen gerechtvaardigd is.²⁷

Een beroep op sommige factoren verdient nooit de voorkeur. De invloed van de omstandigheden van het geval is duidelijker als een beroep op deze factoren wordt vermeden. Een beroep op de factor ‘afhankelijkheid’ dient bijvoorbeeld altijd te worden vervangen door een beroep op de factor ‘mogelijkheden tot belangenbehartiging’ of de factor ‘verschil in de mogelijkheden tot belangenbehartiging’. ‘Afhankelijkheid’ is een omschrijving van de beperkte mogelijkheden tot belangenbehartiging. Juist deze mogelijkheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.²⁸ Dit betekent overigens niet dat de bespreking van dergelijke factoren overbodig is. De factoren zijn ontleend aan de wet, de jurisprudentie en de literatuur.²⁹ Deze bronnen doen ook een beroep op factoren die de voorkeur niet verdienen. Een bespreking van deze factoren verduidelijkt waarom een beroep op andere factoren de voorkeur verdient.

De in de vorige hoofdstukken besproken overlappingsen tonen aan dat een duidelijk onderscheid tussen de verschillende factoren mogelijk is. Bij iedere besproken overlapping is het mogelijk om de ‘beste benadering’ in de zin van § 1.5.4 aan te wijzen. Ook het tweede gedeelte van de hypothese is vooralsnog niet gefalsificeerd. Subvraag D dient, wat betreft de in dit proefschrift onderzochte omstandigheden, positief te worden beantwoord. Ja, een scherper onderscheid tussen de omstandigheden van het geval kan onduidelijkheid wegnemen. Hierbij moet echter rekening worden gehouden met één van de in § 8.2.1 besproken beperkingen. Toekomstige bronnen kunnen omstandigheden blootleggen die niet passen bij de bestaande factoren. Dit onderzoek maakt niet duidelijk of een beroep op deze omstandigheden de voorkeur verdient. Het toont wel aan

27 § 3.2.2.

28 § 5.2.1. Zie voor andere voorbeelden de §§ 2.3.3, 2.5.1, 2.5.2, 3.2.3, 3.2.4, 6.2.2, 6.4.3, 7.3.2 en 7.4.1.

29 De §§ 1.4.1.4, 1.5.3 en 1.7.

dat deze omstandigheden een overlap vertonen met andere factoren. Er bestaan immers factoren die de relevantie van iedere omstandigheid kunnen verklaren. Het onderzoek bespreekt daarnaast niet alle mogelijke overlappingsen. Er bestaat een kans dat het bij één van deze overlappingsen niet mogelijk is om de beste benadering aan te wijzen.

8.3 Beantwoording van de hoofdvraag. Verbinding van de afzonderlijke hoofdstukken

De hoofdvraag luidt als volgt: *welke omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid?* De hoofdvraag is in de vorige hoofdstukken beantwoord. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de in de hoofdstukken 2 tot en met 7 besproken factoren.

Hiermee is echter niet alles gezegd. Dit onderzoek geeft een systematisch overzicht van de relevante omstandigheden. De verbinding van de afzonderlijke hoofdstukken biedt ruimte voor nieuwe inzichten. Een vergelijking van de afzonderlijke factoren en benaderingswijzen leidt tot verschillende conclusies over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

Ik bespreek verschillende conclusies. De omstandigheden van het geval creëren de kaders waarbinnen een gedraging of rechtsbetrekking ‘redelijk’ is (§ 8.3.1). Zij beïnvloeden daarnaast de strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid (§ 8.3.2). Hun invloed is afhankelijk van ‘het hele plaatje’ (§ 8.3.3). De regels en overtuigingen van een bepaalde groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid (§ 8.3.4). De invloed van een factor is afhankelijk van de mate waarin een omstandigheid aanwezig is (§ 8.3.5). Een beroep op een factor die iedere werking van de redelijkheid en billijkheid kan verklaren, verdient niet de voorkeur (§ 8.3.6). De werking van de redelijkheid en billijkheid is vooral afhankelijk van omstandigheden waarop de partijen bij de rechtsbetrekking invloed kunnen uitoefenen (§ 8.3.7). De in de wet, de literatuur en de jurisprudentie genoemde omstandigheden geven niet alle mogelijke relevante omstandigheden weer (§ 8.3.8).

8.3.1 De omstandigheden van het geval creëren kaders

Verschiedende relevante omstandigheden creëren kaders. De omstandigheden markeren de grenzen waarbinnen een gedraging of rechtsbetrekking ‘redelijk’ is. De redelijkheid en billijkheid pleit voor een rechtsbetrekking die

binnen de gestelde kaders blijft. Zij werkt in het nadeel van de partij die de grenzen overschrijdt.

Verschillende omstandigheden kunnen deze kaders creëren. Zij kunnen in de eerste plaats worden gevormd door de factoren uit de hoofdcategorie ‘normen’.³⁰ Normen zonder directe invloed op het concrete geval kunnen de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.³¹ Normen stellen een grens. Het is onredelijk om deze grens te overschrijden. De omstandigheid dat de in Nederland levende rechts-overtuigingen een beroep op een beding verbieden, pleit bijvoorbeeld voor het beperken van de gevolgen van (een beroep op) dit beding.³² Alle normen kunnen deze kaders creëren. Er bestaat in dit opzicht geen verschil tussen de verschillende factoren uit de hoofdcategorie normen. De factor ‘moraal’ stelt grenzen. Immoreel gedrag is onredelijk gedrag.³³ Ook de factor ‘internationaal, Europees en buitenlands recht’ stelt grenzen.³⁴ Toch is de overtreding van buitenlands recht niet altijd in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent niet dat de normen op een andere manier werken. De *relevantie* van een factor moet niet worden verward met de *werking* van deze factor. Een algemeen gedeelde morele regel beïnvloedt de eisen van de redelijkheid en billijkheid *altijd*. Een buitenlandse rechtsnorm beïnvloedt deze eisen pas als de *concrete situatie* hier aanleiding voor geeft. Is de relevantie van een norm eenmaal gegeven, dan werken de normen op dezelfde manier: zij creëren de kaders waarbinnen een gedraging of rechtsbetrekking redelijk is.

Daarnaast beïnvloeden ook de gedragingen van de partijen de kaders waarbinnen zij mogen opereren. De redelijkheid en billijkheid eist consequent gedrag.³⁵ Een partij die het vertrouwen opwekt dat zij geen gebruik zal maken van een bepaalde bevoegdheid, handelt bijvoorbeeld inconsequent en onredelijk als zij deze bevoegdheid later toch uitoefent. De eerdere vertrouwenopwekkende gedraging verkleint het kader waarbinnen het latere gedrag redelijk is.

Ook verschillende factoren uit de hoofdcategorie ‘kenmerken van de partijen bij de rechtsbetrekkingen’ creëren kaders.³⁶ De sociale en economische sterkte van de betrokken partijen beïnvloedt het kader

30 Hoofdstuk 2.

31 § 2.1.

32 HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (*Kroymans/Sun Alliance*), HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 (*Witte/Alte Leipziger*) en § 2.3.1.

33 Zie § 2.2 over de factor ‘moraal’. Zie daarnaast § 3.2.1 over de invloed van onbehoorlijk gedrag.

34 § 2.5.3.

35 § 3.2.2.

36 Hoofdstuk 4. Zie in het bijzonder de §§ 4.2, 4.3, 4.4, 4.7, 4.8 en 4.9.

waarbinnen een rechtsbetrekking of gedraging redelijk is.³⁷ Een partij dient zich te gedragen op een manier die in overeenstemming is met haar sterkte. Een sterke partij dient haar verantwoordelijkheid te nemen. Zij is bijvoorbeeld verplicht om mededelingen te doen.³⁸ Het kader waarbinnen een sterke partij zich mag bewegen is kleiner dan het kader waarbinnen een zwakke partij zich mag bewegen. De omvang van het kader is daarnaast afhankelijk van de kenmerken van de wederpartij en de *relatieve* sterkte van de partijen.³⁹ Hoe sterker de wederpartij, des te ruimer is het kader waarbinnen een partij zich kan bewegen.

Ten slotte beïnvloeden verschillende factoren uit de hoofdcategorie 'de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking' de kaders waarbinnen de partijen mogen opereren. De partijen mogen zich niet gedragen op een manier die niet in overeenstemming is met de feitelijke verhouding. Een verhouding die wordt gekenmerkt door vertrouwen of samenwerking leidt bijvoorbeeld tot een verzwaring van de mededelingsplichten.⁴⁰ Ook de 'aard' van de rechtsbetrekking creëert kaders. De factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' pleit tegen rechtsgevolgen die niet in overeenstemming zijn met de 'aard' van de rechtsbetrekking. Hij pleit bijvoorbeeld voor de beperking van de gevolgen van een exoneratieclausule als deze clausule in overeenkomsten met dezelfde aard ongebruikelijk is.⁴¹

8.3.2 De omstandigheden van het geval beïnvloeden de strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid

Verschillende omstandigheden leiden tot strengere eisen op grond van de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid stelt strengere eisen aan (één van) de partijen bij de rechtsbetrekking als deze omstandigheden aanwezig zijn.

De strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid is allereerst afhankelijk van verschillende factoren die ook invloed hebben op de kaders waarbinnen een gedraging of rechtsbetrekking 'redelijk' is.⁴² De kenmerken van de partijen beïnvloeden de strengheid van de eisen van

³⁷ § 4.1.

³⁸ De §§ 4.2, 4.3, 4.4, 7.2.1, 7.2.2 en 7.2.3.

³⁹ § 7.2.

⁴⁰ De §§ 5.2.2 en 5.2.3.

⁴¹ § 5.3.2.

⁴² § 8.3.1.

de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid stelt strengere eisen aan sterkere partijen, vooral als de andere partij juist zwakker is.⁴³ De strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid is daarnaast afhankelijk van de feitelijke verhouding tussen de partijen bij de rechtsbetrekking. De eisen zijn strenger in een verhouding die in hoge mate wordt gekenmerkt door vertrouwen of samenwerking. De eisen zijn juist minder streng als vertrouwen of samenwerking geheel ontbreekt.⁴⁴

Ook de factor 'omvang belang' beïnvloedt de strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Hoe groter het betrokken belang, des te strenger zijn de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Grotere risico's leiden bijvoorbeeld tot een strengere zorgplicht. Het ontbreken van nadeel voor één van de partijen pleit tegen de bescherming van deze partij.⁴⁵

De strengheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid is ten slotte afhankelijk van de betrokken rechtsnormen en het rechtsgebied waartoe deze normen behoren. De redelijkheid en billijkheid speelt de grootste rol in het verbintenissen- en overeenkomstenrecht.⁴⁶ Hoe beter het bij het concrete geval betrokken rechtsgebied zich met het verbintenissen- en overeenkomstenrecht laat vergelijken, des te groter is de rol van de redelijkheid en billijkheid. Een grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid leidt tot meer mogelijke werkingen van de redelijkheid en billijkheid. Hij leidt tot strengere eisen. De redelijkheid en billijkheid stelt immers *geen* eisen aan de partijen als zij geen enkele rol speelt.

Strengere eisen leiden in de meeste gevallen tot een grotere rol voor de redelijkheid en billijkheid. De factoren die tot strengere eisen leiden, pleiten *voor* een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit is echter niet noodzakelijk. Concurrentie, het ontbreken van samenwerking, pleit voor minder strenge eisen. Zij kan echter ook pleiten voor het aannemen van een ruimere opzeggingsbevoegdheid op grond van de redelijkheid en billijkheid. Zij kan dus ook pleiten *voor* een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁷

43 Hoofdstuk 4 en § 7.2.

44 De §§ 5.2.2 en 5.2.3.

45 § 6.2.1.

46 De §§ 1.2.6 en 2.5.

47 Rb. Zwolle (vzr.) 31 juli 2012, *LJN* BX3142 en § 5.2.3.

8.3.3 *De invloed van de omstandigheden van het geval is afhankelijk van 'het hele plaatje'*

De werking van de redelijkheid en billijkheid is niet afhankelijk van geïsoleerde omstandigheden of een geïsoleerde rechtsbetrekking. De invloed van iedere omstandigheid is afhankelijk van de rol van deze omstandigheid in 'het hele plaatje'.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is allereerst afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. 'Het geval' moet ruim worden geïnterpreteerd. De partijen twisten over de werking van de redelijkheid en billijkheid bij een bepaalde verbintenis of overeenkomst. Verschillende relevante omstandigheden blijken echter niet direct uit deze verbintenis of overeenkomst.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is allereerst niet alleen afhankelijk van de omstandigheden die gelden ten tijde van de uitoefening van het recht of de totstandkoming van de overeenkomst. Ook gedragingen in de periode voor de totstandkoming van de rechtsbetrekking en de omstandigheden waaronder een rechtsbetrekking tot stand is gekomen, beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁸ Uitgebreide onderhandelingen pleiten bijvoorbeeld voor een taalkundige uitleg van een overeenkomst.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is daarnaast afhankelijk van de hele rechtsbetrekking. De invloed van de redelijkheid en billijkheid op de gevolgen van een beding is afhankelijk van de hele overeenkomst. Ik geef een voorbeeld. Een exoneratieclausule benadeelt de niet-exonererende partij. De overige inhoud van de overeenkomst beïnvloedt de eventuele onredelijkheid van de gevolgen van het beding. De gevolgen zijn minder snel onredelijk als andere bedingen het bezwarende karakter van de exoneratieclausule compenseren. Daarnaast is de invloed van de redelijkheid en billijkheid op een individuele overeenkomst afhankelijk van de samenhang van deze overeenkomst met andere overeenkomsten. De uitleg van een eerdere overeenkomst kan bijvoorbeeld de uitleg van een latere, gerelateerde overeenkomst beïnvloeden.⁴⁹

Ten slotte geeft ook de invloed van relevante belangen blijk van een ruime interpretatie van 'het geval'. Ook de belangen van anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵⁰ Hetzelfde geldt voor alternatieve mogelijkheden om

48 De §§ 3.2.2 en 5.3.1.

49 § 5.3.2.

50 De §§ 6.3 en 6.4.

de belangen te behartigen. De aantasting van een belang legt minder gewicht in de schaal als de partij haar belang ook op een alternatieve manier kan behartigen.⁵¹

Individuele omstandigheden staan daarnaast niet op zichzelf. De invloed van een omstandigheid is afhankelijk van haar verhouding tot de andere omstandigheden van het geval. Dit is duidelijk bij de factoren uit de hoofdcategorie 'evenwicht'.⁵² De invloed van de factoren uit deze categorie is afhankelijk van het evenwicht tussen verschillende omstandigheden.

Ook andere factoren staan niet op zichzelf. Individuele omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit betekent echter niet dat de invloed van deze omstandigheden geheel los staat van de andere omstandigheden. De factor 'omvang belang' biedt een voorbeeld.⁵³ Een partij moet 500 euro betalen. Is het belang van deze partij bijzonder omvangrijk? Pleit de omvang van het belang van deze partij voor de matiging van de vordering? Deze vragen zijn niet te beantwoorden zonder aandacht te besteden aan de andere relevante omstandigheden. De invloed van de factor 'omvang belang' is bijvoorbeeld onder andere afhankelijk van de financiële positie van de partij.⁵⁴ Het belang is niet bijzonder groot als een rijke partij dit bedrag besteedt aan de huur van een appartement voor haar studerende zoon. Het belang is wel bijzonder groot als een arme partij dit bedrag uitgeeft aan een toegangsbewijs voor een concert.

De omvang van het betrokken belang beïnvloedt op zijn beurt de invloed van andere omstandigheden. Hij beïnvloedt bijvoorbeeld de rol van de factor 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag'. Het enkele stilzitten of tijdsverloop leidt niet tot rechtsverwerking. Rechtsverwerking is echter wel mogelijk als het stilzitten nadeel veroorzaakt.⁵⁵

De factoren 'maatschappelijke positie of professionaliteit' en 'deskundigheid' bieden een ander voorbeeld.⁵⁶ De professionaliteit en deskundigheid van één partij beïnvloeden de omvang van haar mededelingsplichten. De kenmerken van haar wederpartij kunnen echter onderzoeksplichten in het leven roepen. Individuele kenmerken pleiten voor individuele plichten.

51 § 6.2.3.

52 Hoofdstuk 7.

53 § 6.2.1.

54 § 4.8.

55 § 3.2.2.

56 De §§ 4.2 en 4.4.

Het *samenspel* van deze plichten beïnvloedt de gevolgen van een dwaling op grond van art. 6:228 lid 1 sub b BW.⁵⁷

8.3.4 *De regels en overtuigingen van een bepaalde groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid*

Een norm kan in heel Nederland gelden. Hij kan echter ook slechts leven binnen een bepaald gebied, een bedrijfstak of een religieuze of etnische groep. Ook deze normen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De invloed van de factoren 'moraal', 'in Nederland levende rechtsovertuigingen', 'verkeersopvattingen', 'gewoonten' en 'internationaal, Europees en buitenlands recht' is afhankelijk van de regels en overtuigingen van een bepaalde groep.⁵⁸ De groep moet wel op enige manier bij het geval zijn betrokken. De regels en overtuigingen beïnvloeden daarnaast het antwoord op de vraag of het vertrouwen gerechtvaardigd is. Vertrouwen op een ongebruikelijke betekenis van een verklaring is eerder gerechtvaardigd als deze betekenis binnen de betrokken groep wel gebruikelijk is.⁵⁹

Nederland is een klein land. Toch kent het teveel verschillen om de redelijkheid en billijkheid uniform toe te passen. Dit is echter geen bezwaar. De regels en overtuigingen van een bepaalde groep beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als deze groep bij het geval betrokken is. De algemeen gedeelde morele regels bepalen de werking van de redelijkheid en billijkheid in andere gevallen.⁶⁰

De Europese Unie kent nog meer verscheidenheid dan Nederland. Verscheidenheid hoeft echter geen bezwaar te zijn tegen een variant op de redelijkheid en billijkheid in het recht van de Europese Unie. Lokale regels en overtuigingen kunnen ook invloed uitoefenen op de werking van een dergelijke Europeesrechtelijke variant.⁶¹ Een algemeen gedeelde basis is bovendien niet uitgesloten. Uit de beantwoording van subvraag C blijkt immers dat de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden ook een rol spelen in niet-Nederlandse rechtsstelsels.⁶² De redelijkheid en billijkheid kan bovendien bijdragen aan de harmonisering van het Europese privaatrecht. De redelijkheid en billijk-

57 Zie over dit samenspel bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 230. Dwaling is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

58 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 en 2.5.3.

59 § 3.2.2.

60 § 2.2.

61 Wilhelmsson 1999, p. 183-187.

62 § 8.2.3. Zie ook § 8.5.

heid pleit immers voor een toepassing van het nationale recht die aansluit bij het recht van de Europese Unie. Buitenlands recht beïnvloedt bovendien de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶³

8.3.5 *De invloed van een factor is afhankelijk van de mate waarin een omstandigheid aanwezig is*

De invloed van veel factoren is niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of een bepaalde omstandigheid in het concrete geval aanwezig is. Hij is afhankelijk van *de mate waarin* deze omstandigheid aanwezig is.

De werking van de redelijkheid en billijkheid is bijvoorbeeld afhankelijk van de mate waarin een autoriteit gezag heeft, een gedraging verwijtbaar is of vertrouwen opwekt, een partij een kenmerk heeft, een verhouding door vertrouwen of samenwerking wordt gekenmerkt, een belang omvangrijk is, een alternatief geschikt is en er een evenwicht bestaat tussen de kenmerken of belangen van de partijen.⁶⁴ Ontbreekt een omstandigheid volledig, dan beïnvloedt juist het ontbreken van deze omstandigheid de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een (aanspraak op een) dwangsom is bijvoorbeeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de schuldenaar geen enkel verwijt kan worden gemaakt. De *afwezigheid* van een verwijtbare gedraging kan de werking van de redelijkheid en billijkheid dus beïnvloeden.⁶⁵

Kwalificaties spelen een ondergeschikte rol. Een ‘alles of niets benadering’ past niet bij de redelijkheid en billijkheid. De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van wat redelijk is in het concrete geval. De werkelijkheid houdt zich niet aan kwalificaties of scherpe scheidingen. Tussen de bakker op de hoek en een grote multinational bestaat een groot verschil in professionaliteit. Toch zijn beide partijen te kwalificeren als een ‘professionele partij’. De redelijkheid en billijkheid houdt rekening met de verschillen tussen deze partijen.⁶⁶

De relevantie van verschillende omstandigheden is *wel* afhankelijk van een ‘alles of niets benadering’. Een factor uit de hoofdcategorie ‘normen’ is relevant als de door de relevante norm getrokken grenzen worden overschreden.⁶⁷ Het ‘bijna’ overschrijden van de grenzen is niet van belang. Een norm kan bovendien niet ‘half’ bestaan. Hij bestaat of hij bestaat niet. De aard van een rechtsbetrekking of een onderdeel van deze

63 § 2.5.3.

64 De §§ 2.4, 3.2.1, 3.2.2, 4.2, 4.3, 4.4, 4.7, 4.8, 4.10, 5.2.2, 5.2.3, 6.2.1, 6.2.3, 7.2 en 7.3.1.

65 § 3.2.1.

66 § 4.2.

67 Hoofdstuk 2 en § 8.3.1.

rechtsbetrekking beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁶⁸ Een (onderdeel van een) rechtsbetrekking heeft een bepaalde aard of zij heeft deze aard niet. Het is niet mogelijk om een aard 'bijna' te hebben. Ook de invloed van de factor 'soort belang' is afhankelijk van een 'alles of niets benadering'.⁶⁹ Een belang is van een bepaalde soort of het is niet van deze soort.

Dit betekent overigens niet dat een norm, een aard van (een deel van) een rechtsbetrekking en de soort van een belang altijd dezelfde rol spelen. Het gewicht van een factor is afhankelijk van het verschil tussen de rechtsbetrekking in het concrete geval en de door de factor bepleite rechtsbetrekking.⁷⁰ Een gedraging of rechtsbetrekking kan de door de factoren gestelde grenzen in meer of mindere mate overschrijden. De *relevantie* van een norm, een aard of de soort van het belang is afhankelijk van een 'alles of niets benadering', het *gewicht* niet.

Een norm, de aard van (een deel van) de rechtsbetrekking en de soort van het belang beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid op een manier die niet goed bij de redelijkheid en billijkheid past. Een beroep op de bij deze omstandigheden behorende factoren verdient in veel gevallen dan ook niet de voorkeur. Ik geef enkele voorbeelden. Een beroep op de factor die tot de toepasselijkheid van een regel leidt, verdient de voorkeur boven een beroep op de regel zelf. Een beroep op een fundamenteel belang verdient bijvoorbeeld de voorkeur boven een beroep op het grondrecht dat dit belang beschermt. Het belang beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid immers ook als het niet door een grondrecht wordt beschermd. Een grondrecht oefent echter geen invloed uit als het door het grondrecht beschermde belang niet wordt aangetast.⁷¹ Een beroep op de factor die tot de kwalificatie van (een deel van) de rechtsbetrekking leidt, verdient daarnaast de voorkeur boven een beroep op de kwalificatie of 'aard' van (een deel van) deze rechtsbetrekking. Een overeenkomst tussen een professionele partij en een particulier is naar haar aard een 'consumentenovereenkomst'. Een beroep op de factor 'verschil in maatschappelijke positie of professionaliteit' verdient echter de voorkeur boven een beroep op de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Een overeenkomst tussen een multinational en een zelfstandige zonder personeel is geen consumentenovereenkomst. Er bestaat echter wel degelijk een verschil in de professionaliteit.

68 De §§ 5.3.2 en 5.3.3.

69 § 6.2.2.

70 § 1.6.

71 § 2.5.2. Zie voor meer voorbeelden de §§ 2.2, 2.3.1, 2.3.2 en 2.5.1.

Ook dit verschil in professionaliteit beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷² Een beroep op de omvang van het belang verdient de voorkeur boven een beroep op de kwalificatie van het belang. De soort van het belang vervult slechts een rol bij het beschrijven van de omvang van het belang.⁷³

Een beroep op een factor waarvan de relevantie afhankelijk is van een ‘alles of niets benadering’ verdient in sommige gevallen *wel* de voorkeur. Sterker nog: in sommige gevallen beïnvloedt juist de ‘alles of niets benadering’ de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een norm is afkomstig van een bepaalde instantie. Hij is bijvoorbeeld afkomstig van een rechter of de wetgever. Rechterlijke uitspraken en wetsartikelen kunnen duidelijk maken welke omstandigheden leiden tot een werking van de redelijkheid en billijkheid. De autoriteit van deze instantie vergroot het gewicht van deze ‘achterliggende omstandigheden’. De deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen dankzij deze normen rekening houden met de relevantie van deze omstandigheden.⁷⁴ Daarnaast verdient een beroep op de aard van een (deel van de) rechtsbetrekking de voorkeur als deze *kwalificatie* de toepasselijkheid van andere normen beïnvloedt. De kwalificatie van een overeenkomst als een koopovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot de relevantie van de verkeersopvattingen over koopovereenkomsten.⁷⁵

8.3.6 *Een beroep op een factor die iedere werking van de redelijkheid en billijkheid kan verklaren, verdient niet de voorkeur*

Een beroep op verschillende specifieke factoren is altijd mogelijk. Uit § 8.3.5 blijkt immers dat de invloed van sommige factoren afhankelijk is van de mate waarin de factor aanwezig is. Het belang van een partij heeft bijvoorbeeld altijd *een* omvang. Heeft de partij geen enkel belang, dan beïnvloedt juist het ontbreken van een belang de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor ‘omvang belang’ is daarom altijd mogelijk.⁷⁶ Een beroep op een factor waarvan de invloed afhankelijk is van de mate waarin de factor aanwezig is, kan echter niet iedere werking van de redelijkheid en billijkheid verklaren. De deskundigheid van een partij beïnvloedt bijvoorbeeld de uitleg van een overeenkomst.⁷⁷ Zowel deskundigheid als het ontbreken van deskundigheid beïnvloedt de

72 § 5.3.2. Zie voor andere voorbeelden ook § 5.3.3.

73 § 6.2.2.

74 De §§ 2.4 en 2.5.

75 De §§ 5.3.2 en 5.3.3.

76 De §§ 6.2.1 en 8.3.5.

77 § 4.4.

werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factor 'deskundigheid' is daarom altijd mogelijk. De factor is echter slechts één van de factoren die de uitleg van een overeenkomst beïnvloedt. Andere factoren kunnen leiden tot een andere uitleg.

Andere factoren kunnen iedere werking van de redelijkheid en billijkheid *wel* verklaren. Het is altijd mogelijk om een regel, gedraging of aard te bedenken die voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleit. Een beroep op de factoren 'moraal', 'in Nederland levende rechtsovertuigingen', 'rechtsnormen', 'rechtsbeginselen', 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' en 'kenmerken van de rechtsbetrekking' is daarom altijd mogelijk.⁷⁸

Ik geef een voorbeeld. De redelijkheid en billijkheid kan een aanvullende mededelingsplicht opleggen aan een professionele partij die een overeenkomst sluit met een particulier. De professionele partij dient de gevolgen van een exonerationclausule kenbaar te maken aan haar wederpartij. Schending van deze plicht leidt tot de beperking van de gevolgen van de clausule op grond van de redelijkheid en billijkheid. Deze werking van de redelijkheid en billijkheid is te baseren op het rechtsbeginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid. Dit rechtsbeginsel pleit voor de compensatie van de ongelijkheid tussen de partijen.⁷⁹ De werking is ook te baseren op een gedraging van de professionele partij. *Een beroep* op de exonerationclausule is in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de partij haar mededelingsplicht heeft geschonden. Deze benadering stelt het beroep op de clausule, een gedraging van de professionele partij, centraal.⁸⁰ De mededelingsplicht is ten slotte ook te baseren op de aard van de overeenkomst. De overeenkomst is een 'consumentenovereenkomst'. De aard van deze overeenkomst pleit voor de bescherming van de particulier.⁸¹

Deze benadering verdient echter niet de voorkeur. Zij is indirect. De invloed van dergelijke regels, gedragingen en 'aarden' is afhankelijk van andere 'achterliggende' omstandigheden. Ik geef enkele voorbeelden. Het beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval *omdat* er verschillen bestaan tussen de partijen bij de rechtsbetrekking.⁸² Een beroep op een exonerationclausule is in strijd met de redelijkheid en billijkheid *omdat*

78 De §§ 2.2, 2.3.1, 2.5, 2.5.1, 3.2 en 5.3.2. Zie ook de §§ 1.4.1.1, 1.4.1.2, 1.5.2, 2.6, 3.5 en 5.4.

79 De §§ 2.5.1 en 4.1.

80 § 3.2.

81 Vergelijk § 5.3.2.

82 § 2.5.1.

andere factoren voor het beperken van de gevolgen van de clause pleiten.⁸³ De aard van een overeenkomst is 'om niet' omdat de prestaties niet met elkaar in evenwicht zijn.⁸⁴ Een beroep op de achterliggende omstandigheden is directer.

De benadering is daarnaast niet duidelijk. Zij leidt tot een grote hoeveelheid regels en 'aarden' die slechts in een beperkt aantal situaties een rol spelen. De regels en 'aarden' fungeren slechts als een onnodige extra horde tussen de omstandigheden van het geval en de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Zij leiden slechts af van de uiteindelijk relevante omstandigheden. De benadering verbindt daarnaast gevolgen aan een gedraging die op geen enkele manier onredelijk is: het uitoefenen van een recht. Een partij heeft het recht te goeder trouw voor haar belangen op te komen. De enkele omstandigheid dat de redelijkheid en billijkheid de uitoefening van een recht in het concrete geval beperkt, maakt dit niet anders.⁸⁶

Het is altijd mogelijk om verschillende factoren te vinden die voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleiten. Een beroep op dergelijke factoren verdient echter niet de voorkeur. Het leidt niet tot duidelijkheid over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

8.3.7 De werking van de redelijkheid en billijkheid is vooral afhankelijk van omstandigheden waarop de partijen bij de rechtsbetrekking invloed kunnen uitoefenen

De conclusie uit de titel van deze paragraaf lijkt op het eerste gezicht niet in overeenstemming te zijn met de eerdere uitkomsten van dit onderzoek. Verschillende omstandigheden bestaan onafhankelijk van de partijen bij de rechtsbetrekking. De partijen hebben bijvoorbeeld geen invloed op normen, gedragingen van derden en algemene belangen. Ook deze omstandigheden beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁷

Toch ondersteunt het onderzoek deze conclusie wel degelijk. De hierboven genoemde omstandigheden *bestaan* weliswaar onafhankelijk van de partijen bij de rechtsbetrekking. Hun *invloed* is echter wel afhankelijk

83 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*), HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (*Pseudo-vogelpest*) en § 3.2.

84 § 5.3.2.

85 De §§ 1.4.1.1, 1.4.1.2 en 5.3.2.

86 § 3.2.

87 Hoofdstuk 2 en de §§ 3.3, 3.4, 6.3, 6.4, 6.4.1.1, 6.4.1.2, 6.4.2, 6.4.3, 6.4.4 en 7.3.2.

van factoren waar deze partijen invloed op kunnen uitoefenen. Een beroep op de factoren binnen de invloedssfeer van de partijen verdient in de meeste gevallen de voorkeur, eventueel naast een beroep op de bij de hierboven genoemde omstandigheden behorende factoren. Ik geef enkele voorbeelden.

Een norm bestaat onafhankelijk van de partijen bij de rechtsbetrekking. De *toepasselijkheid* en de *overtreding* van deze norm zijn echter afhankelijk van factoren waar deze partijen invloed op kunnen uitoefenen. Een beroep op deze factoren verdient in veel gevallen de voorkeur.⁸⁸ De invloed van het rechtsbeginsel '*fraus omnia corrumpit*' (bedrog vernietigt alles) is bijvoorbeeld afhankelijk van het bedrog van één van de partijen. Hij is dus afhankelijk van de gedraging van één van de partijen. Daarnaast beïnvloeden de verkeersopvattingen over koopovereenkomsten de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als de partijen een koopovereenkomst sluiten. De aard van de overeenkomst leidt tot de toepasselijkheid van de norm.⁸⁹

Een gedraging van een derde beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid alleen als een factor waar de partijen bij de rechtsbetrekking wel invloed op kunnen uitoefenen hier aanleiding toe geeft. De derde kan bijvoorbeeld in een bijzondere verhouding staan tot één van de partijen. Een beroep op de factoren die verklaren waarom de gedragingen van de derde de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, verdient de voorkeur. Een beroep op de factor 'gedragingen van derden' verdient slechts de voorkeur als dit beroep verwijst naar een bindend advies.⁹⁰

De factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden' beïnvloedt de toepassing van art. 6:258 BW. De toepassing van het artikel is namelijk afhankelijk van 'onvoorziene omstandigheden'. De partijen hebben geen invloed op het intreden van deze gebeurtenissen. Zij hebben echter wel invloed op het antwoord op de vraag of een omstandigheid 'onvoorzien' is. Een omstandigheid is onvoorzien als zij niet (stilzwijgend) in de overeenkomst is verdisconteerd.⁹¹ De invloed van de gebeurtenis op de werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de inhoud van de door de partijen gesloten overeenkomst.

De belangen van derden en de algemene belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. De partijen bij de rechtsbetrekking

88 Vergelijk vooral de §§ 2.1, 2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.5.1 en 2.5.2. Zie ook § 8.3.5.

89 § 5.3.2.

90 § 3.3.

91 *Parl. gesch. Boek 6*, p. 968 (T.M.), Peletier 1999, p. 103-104, Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), nr. 441, Van Dunné 2011, p. 118, Grosheide 2011, p. 127 en Bakker 2012, p. 90.

hebben geen invloed op het bestaan van deze belangen. Hun gewicht is echter wel afhankelijk van factoren waar de partijen invloed op kunnen uitoefenen. Het doel van een overeenkomst kan bijvoorbeeld invloed uitoefenen op het gewicht van de factor 'belangen van derden'.⁹² De factor legt meer gewicht in de schaal als de overeenkomst het doel heeft om de belangen van de derden te behartigen. Professionele partijen hebben een groter belang bij rechtszekerheid. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' legt daarom meer gewicht in de schaal in een rechtsbetrekking tussen professionele partijen.⁹³ Een ondeskundige partij verdient meer bescherming. Dit vergroot het gewicht van de factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsbescherming'.⁹⁴

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' biedt een andere illustratie van de voorkeur voor factoren waar de partijen bij de rechtsbetrekking invloed op kunnen uitoefenen.⁹⁵ Ik geef een voorbeeld aan de hand van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub c BW.⁹⁶ Een gelaedeerde die in een bepaalde verhouding tot de overledene staat heeft op grond van dit artikel recht op schadevergoeding voor nadeel dat bestaat uit de aantasting van de nagedachtenis van de overledene. Het recht op schadevergoeding leidt tot een rechtsbetrekking tussen de gelaedeerde en de laedens. De overledene is een derde bij deze rechtsbetrekking.

De kenmerken *van de gelaedeerde* staan centraal. Het artikel eist dat *de gelaedeerde* in een bepaalde verhouding *tot de overledene* staat. Het is mogelijk om dit artikel anders te formuleren. Het artikel kan ook de kenmerken van de overledene centraal stellen. Het kan eisen dat *de overledene* in een bepaalde verhouding *tot de gelaedeerde* staat.

De kenmerken van de derde-overledene en de partij-gelaedeerde zijn in het kader van art. 6:106 lid 1 aanhef en sub c BW volledig van elkaar afhankelijk. Het is mogelijk om een beroep te doen op de kenmerken van de derde. Het artikel doet dit echter niet. Het doet een beroep op de kenmerken van de partij bij de rechtsbetrekking. Dit is in overeenstemming met de in deze paragraaf gesignaleerde tendens. De partijen bij de rechtsbetrekking staan zo veel mogelijk centraal. De factoren waar deze partijen geen invloed op kunnen uitoefenen spelen een beperkte rol.

92 § 6.3.

93 De §§ 4.2 en 6.4.1.1.

94 § 6.4.1.2.

95 § 4.10.

96 Dit artikel is, gelet op het woord 'billijkheid', een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

8.3.8 *De in de wet, de literatuur en de jurisprudentie genoemde omstandigheden geven niet alle mogelijke relevante omstandigheden weer*

De hoofdstukken 2 tot en met 7 geven een overzicht van de factoren die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Deze factoren zijn geselecteerd aan de hand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie.⁹⁷ Zij vertegenwoordigen niet noodzakelijk alle mogelijke relevante omstandigheden. Het is immers mogelijk dat uit een toekomstige bron blijkt dat de werking van de redelijkheid en billijkheid afhankelijk is van omstandigheden die niet bij deze factoren passen.

Het is daarnaast mogelijk dat de relevantie van een dergelijke omstandigheid blijkt uit een bestaande bron die ik niet heb bestudeerd. Ik heb bij het verrichten van dit onderzoek niet iedere mogelijke vindplaats van relevante omstandigheden kunnen onderzoeken. De redelijkheid en billijkheid is hiervoor te breed toepasbaar. Zij beheerst het hele vermogensrecht.⁹⁸ Alleen al de niet gepubliceerde rechtspraak vormt een bijna onuitputtelijke bron van mogelijke relevante omstandigheden.

Het doel van dit onderzoek is het vergroten van de rechtszekerheid. Het onderzoek is gericht op het creëren van duidelijkheid over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.⁹⁹ De *wel* genoemde factoren creëren duidelijkheid. De partijen kunnen echter niet volledig vertrouwen op een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid als een nog niet eerder relevante omstandigheid tot een andere werking kan leiden. De mogelijkheid van mogelijke 'nieuwe' relevante omstandigheden verkleint het verduidelijkende resultaat van dit onderzoek. Een zoektocht naar deze omstandigheden mag daarom niet ontbreken.

Deze zoektocht dient niet te geschieden aan de hand van subjectieve oordelen over de redelijkheid en billijkheid. Een dergelijke zoektocht is niet in overeenstemming met het doel en de methode van dit onderzoek. Hij vergroot de rechtszekerheid of duidelijkheid niet. Iedereen heeft immers een ander idee over wat redelijk en billijk is. Dit onderzoek gaat juist daarom uit van de huidige stand van de wet, de literatuur en de jurisprudentie als kenbronnen van de redelijkheid en billijkheid.

Een zoektocht naar de niet genoemde omstandigheden is ook mogelijk door middel van een vergelijking van de verschillende factoren en benaderingswijzen. De verworven kennis over de verschillende wel

97 De §§ 1.4.1.4, 1.5.3 en 1.7.

98 § 1.2.6.

99 De 'inleiding en vraagstelling'.

genoemde factoren legt leemtes bloot. 'Nieuwe' factoren kunnen deze leemtes opvullen. Ik geef enkele voorbeelden van deze 'mogelijke factoren'.

Het is mogelijk om een vergelijking te maken tussen omstandigheden die behoren tot verschillende factoren. Ik heb in de §§ 7.3.3, 7.4.1 en 7.4.2 verschillende voorbeelden gegeven. De invloed van de factor 'subsidiariteit' is bijvoorbeeld afhankelijk van een vergelijking van verschillende mogelijke gedragingen en de belangen die door deze gedragingen worden aangetast. Andere vergelijkingen tussen omstandigheden die behoren tot verschillende factoren zijn echter niet uitgesloten. Ik heb in § 7.5 enkele voorbeelden gegeven. Het is bijvoorbeeld mogelijk om de deskundigheid van een partij te vergelijken met de professionaliteit van haar wederpartij. Ik wijs daarnaast op § 8.3.3. Ook de invloed van individuele omstandigheden is afhankelijk van 'het hele plaatje' en dus van andere omstandigheden. De financiële positie van een partij beïnvloedt bijvoorbeeld de rol van de factor 'omvang belang'. Een belang van een partij wordt groter naarmate de financiële middelen van de partij beperkter zijn.

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁰ De mogelijke factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldenaar' is het spiegelbeeld van deze factor. De gedragingen van een 'derde'¹⁰¹ kunnen schade veroorzaken. Tussen deze derde-schuldenaar en de partij kan een verhouding bestaan. De afstand of verhouding tot de derde-schuldenaar is een kenmerk van een partij bij de rechtsbetrekking. Dit kenmerk beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het kan verklaren waarom de gedragingen van een derde de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Een partij kan bijvoorbeeld een derde in dienst hebben. Deze verhouding kan ertoe leiden dat het door de derde opgewekte vertrouwen voor rekening komt van de partij.¹⁰² Ook de gedragingen van een partij kunnen verklaren waarom de gedragingen van een derde de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Een beroep op de mogelijke factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldenaar' verdient in sommige situaties echter de voorkeur. De gedraging van de partij kan bijvoorbeeld bestaan uit de indienstneming van de derde. Deze gedraging beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid *omdat* zij leidt tot een verhouding tussen de derde-oorspronkelijke schuldenaar en de partij. Niet de gedraging, maar deze verhouding leidt tot de invloed van de gedraging van de derde.

100 § 4.10.

101 Zie de §§ 3.3 en 6.3 over het begrip 'derde'.

102 § 3.3.

De benaderingswijzen ‘kenmerken van de partijen bij een rechtsbetrekking’ en ‘de verhouding tussen de partijen bij een rechtsbetrekking’ besteden slechts aandacht aan de kenmerken van en de verhouding tussen de partijen bij de rechtsbetrekking.¹⁰³ Een dergelijke beperking is niet noodzakelijk. De benaderingswijzen ‘gedragingen en gebeurtenissen’ en ‘belangen’ laten zien dat ook anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden.¹⁰⁴ De gedragingen en belangen van een derde beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Ook de kenmerken van of de verhouding met een derde zouden de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden.

Ik geef enkele voorbeelden. Een opdrachtgever sluit een overeenkomst met een hoofdaannemer. Voor de uitvoering van de overeenkomst sluit de opdrachtnemer een overeenkomst met een onderaannemer. De onderaannemer veroorzaakt schade bij de opdrachtgever. De hoofdaannemer is een derde bij de overeenkomst tussen de onderaannemer en de opdrachtgever. De onderaannemer kan een exoneratieclausule hebben opgenomen in de overeenkomst met de derde-hoofdaannemer. Deze clausule kan doorwerken tegen de opdrachtgever. Een beroep op de factor ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag’ of de factor ‘samenwerking’ verdient echter de voorkeur boven een beroep op de mogelijke factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking met een derde’.¹⁰⁵ De enkele rechtsbetrekking tussen de onderaannemer en de derde-hoofdaannemer verklaart niet waarom de opdrachtgever zich iets van deze exoneratie zou moeten aantrekken. Een overeenkomst heeft immers, behoudens uitzonderingen, slechts gevolgen voor de partijen bij deze overeenkomst.¹⁰⁶ Vertrouwenopwekkende gedragingen en de samenwerking tussen de partijen kunnen de doorwerking van de clausule wel verklaren. Dit betekent niet dat de rechtsbetrekking geen enkele invloed heeft. De rechtsbetrekking verklaart het *gevolg* van de factoren die tot doorwerking van de exoneratie leiden. Een exoneratieclausule kan immers alleen ‘doorwerken’ als zij is opgenomen in een overeenkomst met een derde. Dit betekent echter niet dat de mogelijke factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking met een derde’ noodzakelijk is. Een duidelijk beroep op de factoren ‘eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met

103 De hoofdstukken 4 en 5.

104 De hoofdstukken 3 en 6, in het bijzonder de §§ 3.3, 3.4, 6.3 en 6.4. Zie daarnaast § 8.3.7.

105 De §§ 3.2.2 en 5.2.3.

106 Zie ook § 3.3.

later gedrag' en 'samenwerking' vereist een beschrijving van de invloed van deze factoren. Het bestaan van de exonerationclausule kan bij deze beschrijving voldoende naar voren komen.

De factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' en de mogelijke factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldenaar' leggen de nadruk op een kenmerk van een partij. Dit 'kenmerk' is echter afhankelijk van de verhouding van de partij met een derde. De verhouding kan zowel uit een feitelijke verhouding als uit een rechtsbetrekking bestaan. Zowel de afstand tussen een verzekeraar en de verzekerde (een rechtsbetrekking) als de afstand tussen de overledene en zijn nabestaande (een feitelijke verhouding) beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁷

Een beroep op de factor 'afstand tot de oorspronkelijke schuldeiser' kan daarnaast worden vervangen door een beroep op een kenmerk van de derde-oorspronkelijke schuldeiser, namelijk zijn 'afstand tot de huidige schuldeiser'. Uit § 8.3.7 blijkt echter dat dit beroep niet de voorkeur verdient.

De wijze van de totstandkoming van een bindend advies kan op grond van art. 7:904 lid 1 BW tot de vernietigbaarheid van dit advies leiden. De kenmerken van een derde zouden hier invloed op kunnen uitoefenen. De redelijkheid en billijkheid stelt strengere eisen aan sterke partijen. Zij zou daarom strengere eisen kunnen stellen aan de totstandkoming van een advies door een partij die haar beroep maakt van het geven van bindende adviezen. De mogelijke factor 'maatschappelijke positie van een derde' zou daarom de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden. Deze factor zou in dit geval een rol spelen in combinatie met de factor 'gedragingen van derden'.¹⁰⁸ Het onredelijk tot stand gekomen advies, een gedraging van een derde, beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid. De maatschappelijke positie van de derde verklaart *waarom* de gedraging van deze derde onredelijk is.

Ook het evenwicht tussen de kenmerken van een partij en de kenmerken van een derde zouden de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden. De (hoge) omzet van een partij in vergelijking met de omzet van de andere deelnemers aan de mededingingsregeling beïnvloedt bijvoorbeeld de hoogte van een boete in het recht van de Europese Unie. Een partij met een hoge omzet kan de gevolgen van een boete immers gemakkelijker dragen.¹⁰⁹ De gevolgen van een boete

107 § 4.10.

108 § 3.3.

109 HvJ EU 17 juni 2010, nr. C-413/08 P (*Lafarge/Europese Commissie*).

zijn kleiner voor de partij met een sterkere financiële positie. De eventuele factor 'verschil in financiële positie tussen een partij en een derde' vertoont in een dergelijk geval een overlap met de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'.¹¹⁰ Deze overlap is te vergelijken met de in § 4.8 besproken overlap tussen de factoren 'financiële positie' en 'omvang belang' en de in § 7.2.4 besproken overlap tussen de factoren 'verschil in financiële positie' en 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking'. De eventuele factor 'verschil in financiële positie tussen een partij en een derde' spreekt een vermoeden uit over de invloed van de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen'. Een beroep op de factor 'evenwicht tussen de belangen van partijen, de belangen van derden en de algemene belangen' is directer. Een beroep op deze factor is echter niet altijd duidelijk. De precieze gevolgen van een boete zijn immers niet altijd duidelijk vast te stellen. Een beroep op beide factoren verdient daarom de voorkeur.

De gegeven voorbeelden laten zien dat de kenmerken van en de verhouding met anderen dan de partijen bij de rechtsbetrekking de werking van de redelijkheid en billijkheid zouden kunnen beïnvloeden. Uit § 8.3.7 blijkt echter dat een beroep op dergelijke factoren in de meeste gevallen niet de voorkeur verdient. Een beroep op de factoren waar de partijen bij de rechtsbetrekking invloed op kunnen uitoefenen, verdient in de meeste gevallen de voorkeur. Geen van de partijen kan invloed uitoefenen op de kenmerken van de derde. Slechts één van de partijen heeft invloed op de verhouding met de derde. Dergelijke factoren vertonen bovendien een overlap met bestaande factoren. Deze overlap verkleint de noodzaak om een beroep te doen op deze mogelijke factoren.

Ik geef in deze paragraaf enkele voorbeelden van mogelijke niet genoemde factoren. Deze voorbeelden zijn bedoeld als een verkenning. Dit onderzoek pretendeert geen uitputtend overzicht te geven van alle mogelijke factoren.¹¹¹ Dit is ook niet noodzakelijk. De vergelijking van de bestaande factoren leidt tot 'nieuwe' factoren die aansluiten bij de bestaande factoren en benaderingswijzen. De nieuwe factoren zijn gemakkelijk te plaatsen bij één van de bestaande hoofdcategorieën. Zij spelen bovendien niet noodzakelijk een zelfstandige rol. De mogelijke factoren vertonen steeds een overlap met de bestaande factoren.

110 § 7.3.3.

111 Zie ook § 8.5.

8.4 Aanbevelingen

Dit onderzoek is gericht op het creëren van duidelijkheid en rechtszekerheid.¹¹² Een systematisch overzicht van de omstandigheden van het geval creëert duidelijkheid. Het is echter mogelijk om nog meer duidelijkheid te creëren. De resultaten van dit onderzoek stellen de wetgever en rechter in staat om te komen tot een duidelijker gebruik van de omstandigheden van het geval. Ik doe daarom enkele aanbevelingen aan de wetgever (§ 8.4.1) en de rechter (§ 8.4.2). Ik doe daarnaast enkele aanbevelingen aan de praktijkjurist (§ 8.4.3).

8.4.1 Aanbevelingen aan de wetgever

Het Burgerlijk Wetboek geeft ruimte aan de redelijkheid en billijkheid. Het geeft hiermee ruimte aan de omstandigheden van het geval. Dit betekent echter niet dat de wetgever verder geen invloed heeft op de werking van de redelijkheid en billijkheid. De wetsartikelen noemen de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De wetgever beïnvloedt op deze manier het gewicht van de bij deze omstandigheden behorende factoren. Hij hecht zijn gezag aan deze factoren.¹¹³ Art. 6:248 lid 1 BW noemt bijvoorbeeld ‘de aard van de overeenkomst’ als omstandigheid die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt. De wetgever hecht hiermee zijn gezag aan de factor ‘kenmerken van de rechtsbetrekking’.¹¹⁴

De rechtszekerheid is gebaat bij duidelijkheid over de invloed van de omstandigheden van het geval. Een beroep op duidelijke en directe factoren verdient de voorkeur.¹¹⁵ De wetgever kan een beroep op deze factoren stimuleren door zijn gezag aan deze factoren te hechten. Ik doe om deze reden achtereenvolgens aanbevelingen over art. 3:12 BW (§ 8.4.1.1), art. 6:248 BW (§ 8.4.1.2) en verwijzingen naar omstandigheden bij preciseringen en kristallisaties (§ 8.4.1.3).

Een opmerking vooraf. De kans dat de onderstaande aanbevelingen leiden tot een wetswijziging is klein. Vooral de algemene artikelen 3:12 en 6:248 BW zullen op korte termijn niet worden gewijzigd. Dit betekent niet dat discussie over de inhoud en formulering van deze artikelen zinloos is. De aanbevelingen aan de wetgever zijn tegelijkertijd aanbevelingen aan de rechter en de doctrine. Zij maken duidelijk welke van de in de wet

112 De ‘inleiding en vraagstelling’.

113 § 2.5.

114 De §§ 5.3.2 en 8.4.1.2.

115 De ‘inleiding en vraagstelling’, onder subvraag D en § 1.5.4.

opgenomen omstandigheden de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden en welke dienen te worden genegeerd. De rechter dient zijn uitspraken niet te motiveren met factoren die niet de voorkeur verdienen,¹¹⁶ ook niet als de wetgever zijn gezag ten onrechte aan deze factoren verbindt.

8.4.1.1 Art. 3:12 BW

De eisen van de redelijkheid en billijkheid zijn op grond van art. 3:12 BW onder andere afhankelijk van algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen. De wetgever verbindt hiermee zijn gezag aan de factoren ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’, ‘rechtsbeginselen’ en de factoren die horen bij de hoofdcategorie ‘belangen’.¹¹⁷

Deze keuze van de wetgever is niet verstandig. De wetgever verbindt zijn gezag aan factoren die niet de voorkeur verdienen. Een beroep op de factor ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’ verdient slechts in een beperkt aantal situaties de voorkeur. In veel gevallen verdient een beroep op de achterliggende factoren een voorkeur. Een beroep op de kwalificatie van een beding als algemene voorwaarde of individueel beding verdient bijvoorbeeld de voorkeur boven het gezichtspunt dat een individueel beding in het geval van een conflict prevaleert boven een beding in de algemene voorwaarden.¹¹⁸ Een beroep op de factor ‘rechtsbeginselen’ verdient zelfs nooit de voorkeur. Een beroep op de achterliggende factoren verdient steeds de voorkeur. Een beroep op het inconsequente gedrag van een partij verdient bijvoorbeeld de voorkeur boven een beroep op het rechtsbeginsel ‘*venire contra factum proprium*’.¹¹⁹

Belangen beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de factoren die behoren tot de hoofdcategorie ‘belangen’ verdient in veel gevallen de voorkeur.¹²⁰ Dit kan de verwijzing naar de ‘maatschappelijke en persoonlijke belangen’ in art. 3:12 BW echter niet rechtvaardigen. Ook een beroep op andere factoren verdient in veel gevallen de voorkeur. Er is geen reden om wel naar de belangen te verwijzen en niet naar andere, even belangrijke, factoren. Er is bijvoorbeeld geen reden om niet te verwijzen naar de kenmerken van de partijen bij de

116 Zie ook § 8.4.2.

117 Zie §§ 2.3.1 en 2.5.1 en hoofdstuk 6 over deze factoren.

118 § 2.3.1.

119 § 2.5.1.

120 Hoofdstuk 6.

rechtsbetrekking.¹²¹ Art. 3:12 BW verwijst bovendien naar *alle* belangen. De verwijzing verliest hiermee haar toegevoegde waarde. Het artikel geeft geen aanwijzingen voor het afwegen van de verschillende belangen.

Art. 3:12 BW is niet bedoeld om het gezag van de wetgever te verbinden aan bepaalde factoren. Het is ingevoerd om te verduidelijken dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid niet afhankelijk zijn van de subjectieve oordelen van een eenling. De eisen zijn afhankelijk van het 'maatschappelijke' oordeel over de billijkheid.¹²² Dit doel blijkt echter niet duidelijk uit de tekst van het artikel. Het artikel bereikt het doel slechts op een indirecte manier. Het verwijst naar factoren die *niet* afhankelijk zijn van een subjectief oordeel.

De wetgever kan art. 3:12 BW verbeteren. De huidige tekst dient te worden vervangen door een tekst *zonder* een verwijzing naar bepaalde factoren en *met* een directe verwijzing naar het doel van het artikel. Het vernieuwde artikel dient slechts duidelijk te maken dat de eisen van de redelijkheid en billijkheid niet afhankelijk zijn van persoonlijke, subjectieve oordelen.

8.4.1.2 Art. 6:248 BW

De redelijkheid en billijkheid speelt een rol in het overeenkomstenrecht. Deze rol is volgens art. 6:248 lid 1 BW afhankelijk van de aard van de overeenkomst. De wetgever vergroot hiermee het gewicht van de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking' in het overeenkomstenrecht. Deze keuze van de wetgever is niet verstandig. Een beroep op de aard van de overeenkomst verdient slechts de voorkeur als dit beroep de relevantie van normen beïnvloedt. De kwalificatie van een koopovereenkomst leidt bijvoorbeeld tot de toepasselijkheid van titel 7.1 BW, inclusief de in deze titel opgenomen preciseringen van de redelijkheid en billijkheid. Zij leidt daarnaast tot de relevantie van de verkeersopvattingen over de koopovereenkomst. Een beroep op de aard van de overeenkomst verdient in andere gevallen

¹²¹ Hoofdstuk 4.

¹²² *Parl. Gesch. Boek 3*, 1032-1034 (T.M., V.V. II en M.v.A. II), Kisch 1955, p. 151-153, Van Zaltbommel 1993, p. 28 en 59 en Stein (*Vermogensrecht*), art. 3:12 BW, aantekeningen 14 en 21. Vergelijk ook Smith 1998, p. 171, Wiarda/Koopmans 1999, p. 83-86 en Bakker 2012, p. 12. Maatschappelijke oordelen over de billijkheid dienen overigens te worden onderscheiden van in Nederland levende rechtsovertuigingen. Een in Nederland levende rechtsovertuiging is een overtuiging over (een deel van) het recht. Een maatschappelijk oordeel over de billijkheid is in de eerste plaats een oordeel over moraal. Zie ook § 2.2.

niet de voorkeur.¹²³ Niet de aard van de overeenkomst, maar de omstandigheden die leiden tot de kwalificatie van de overeenkomst beïnvloeden de werking van de redelijkheid en billijkheid. Een beroep op de bij deze omstandigheden behorende factoren verdient de voorkeur.

Ik geef een voorbeeld. Een overeenkomst waarin een partij haar wederpartij een cadeau geeft, is bijvoorbeeld naar haar aard een ‘schenkingsovereenkomst’, ‘om niet’ of ‘eenzijdig’. Deze overeenkomst beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid niet omdat zij ‘eenzijdig’ is. Zij beïnvloedt de werking van de redelijkheid en billijkheid omdat de uit deze overeenkomst voortvloeiende rechten en plichten niet met elkaar in evenwicht zijn. Een beroep op de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ is daarom directer. Een beroep op deze factor is ook duidelijker. Een overeenkomst waarbij de ene partij een te laag bedrag betaalt voor een dure auto is niet langer ‘eenzijdig’. Zij is ‘wederkerig’. Een beroep op de factor ‘verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ maakt echter duidelijk dat de rechten en plichten ook bij deze overeenkomst niet met elkaar in evenwicht zijn.

Een beroep op de aard van de overeenkomst verdient niet de voorkeur. Uit § 5.3.2 blijkt dat de rechter desondanks dikwijls een beroep doet op de aard van de overeenkomst. De wetgever dient dergelijke motiveringen niet te stimuleren door in de wet naar de aard van de overeenkomst te verwijzen. De wetgever kan art. 6:248 lid 1 BW verbeteren. Hij dient de bijzin “naar de aard van de overeenkomst” te verwijderen.

8.4.1.3 Duidelijke en directe factoren bij de verbijzonderingen van de redelijkheid en billijkheid

Het Burgerlijk Wetboek bevat verschillende preciseringen en kristallisaties.¹²⁴ Sommige van deze ‘verbijzonderingen’ geven aan van welke omstandigheden de toepassing van de verbijzondering afhankelijk is. De wetgever vergroot hiermee, in het kader van de verbijzondering, het gewicht van de bij deze omstandigheden behorende factoren.

De wetgever kan een beroep op duidelijke en directe factoren stimuleren door in de wettekst naar deze factoren te verwijzen. Ik geef enkele voorbeelden. De wetgever verwijst in verschillende artikelen naar

¹²³ § 5.3.2.

¹²⁴ De §§ 1.2.3 en 1.2.4.

‘de aard van de overeenkomst’ of ‘de aard van de aansprakelijkheid’.¹²⁵ Een beroep op de aard van de overeenkomst of de aansprakelijkheid verdient in veel gevallen echter niet de voorkeur. Niet de aard van de aansprakelijkheid, maar de mate van de verwijtbaarheid beïnvloedt bijvoorbeeld de matiging van een vordering op grond van art. 6:109 lid 1 BW. Een schadevergoedingsplicht op grond van een risicoaansprakelijkheid ontstaat zonder schuld. Deze omstandigheid pleit voor de matiging van de vordering tot schadevergoeding.¹²⁶ Niet het antwoord op de vraag of een overeenkomst ‘wederkerig’ of ‘om niet’ is, maar het evenwicht tussen de prestaties beïnvloedt de vernietigbaarheid van een exonatiebeding in de algemene voorwaarden op grond van art. 6:233 sub a BW.¹²⁷ Het arrest *Van Marrum/Wolff* illustreert bovendien dat de gevolgen van een wettelijke verwijzing naar de aard van de overeenkomst niet slechts theoretisch zijn. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat een motivering van de vernietigbaarheid van een beding op grond van art. 6:233 sub a BW moet steunen op een specifieke motivering waarin de in het artikel genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de overeenkomst, zijn betrokken.¹²⁸ De Hoge Raad verplicht de lagere rechter zijn uitspraak te motiveren met een beroep op een factor die de voorkeur niet verdient. Dit leidt tot onduidelijkere motiveringen van uitspraken over de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹²⁹ De wetgever dient de wettelijke verwijzingen naar de aard van de overeenkomst en de aansprakelijkheid te verwijderen. Een beroep op de bij deze omstandigheden behorende factor verdient niet de voorkeur.

Ook art. 1:399 BW biedt een voorbeeld.¹³⁰ De rechter kan een verplichting tot levensonderhoud op grond van dit artikel matigen vanwege de gedragingen van de tot onderhoud gerechtigde. De wetgever hecht hiermee zijn gezag aan de factor en subcategorie ‘gedragingen van

125 Zie over de aard van de overeenkomst bijvoorbeeld de artt. 6:213 lid 2, 215, 228 lid 2, 229, 233 sub a, 248 lid 1, 258 lid 2 en 279 lid 1 en 7:400 lid 2, 424 lid 1, 661 lid 1, 763 en 932 lid 1 BW, 12 lid 2 Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden en 3 Wet op de naburige rechten. Zie over de aard van de aansprakelijkheid de artt. 6:98 en 109 lid 1 BW, Zie ook de §§ 5.3.2 en 8.4.1.2.

126 § 5.3.3. Dit artikel is een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie § 1.2.4.

127 § 5.3.2. Dit artikel is, gelet op het woord ‘onredelijk’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid. Het artikel is daarnaast een in § 1.2.4 beschreven kristallisatie van de redelijkheid en billijkheid. Zie Hartkamp 1981, p. 230.

128 HR 21 september 2012, *RvdW* 2012, 1132 (*Van Marrum/Wolff*).

129 Zie ook § 8.4.2.

130 Dit artikel is, gelet op het woord ‘redelijkheid’, een in § 1.2.3 beschreven precisering van de redelijkheid en billijkheid.

de partijen bij een rechtsbetrekking'.¹³¹ Verschillende gedragingen kunnen pleiten voor een beperking van deze verplichting. De onderhoudsgerechtigde kan bijvoorbeeld het vertrouwen opwekken dat hij geen behoefte meer heeft aan het onderhoud. Een dergelijke gedraging kan leiden tot de 'verwerking' van het recht.¹³² De wetgever dacht in de context van art. 1:399 BW echter niet aan dergelijke vertrouwenopwekkende gedragingen. Matiging van de verplichting tot levensonderhoud is vooral aan de orde bij gedrag dat kan worden beschreven als 'wangedrag', 'onwaardig' of 'stotend'.¹³³ Zij is aan de orde bij gedragingen die vallen onder de factor 'verwijtbare gedragingen'.¹³⁴ De wetgever kan art. 1:399 BW verbeteren. De huidige wettekst dient te worden vervangen door een tekst die duidelijk maakt dat verwijtbare gedragingen pleiten voor de matiging van een verplichting tot levensonderhoud.

Art. 6:258 lid 1 BW biedt, net als de vergelijkbare artikelen 1:159 lid 3, 4:123 lid 1 en 5:78 sub a en 97 lid 1 BW, een voorbeeld waarin de wetgever *wel* op een goede manier verwijst naar een specifieke omstandigheid. Een onvoorziene omstandigheid is zowel een voorwaarde als een factor bij de eventuele toepassing van art. 6:258 lid 1 BW.¹³⁵ De wetgever hecht zijn gezag aan de factor 'gebeurtenissen die onafhankelijk van de betrokken partijen optreden'. Een aanvankelijke redelijke overeenkomst kan door onvoorziene omstandigheden toch tot onredelijke resultaten leiden. De onvoorziene omstandigheden leggen veel gewicht in de schaal. Juist de inhoud en de gevolgen van deze omstandigheden verduidelijken waarom de overeenkomst dient te worden gewijzigd of ontbonden. Uit § 3.4 blijkt dan ook dat een beroep op deze onvoorziene omstandigheden de voorkeur verdient.

De tekst van het Burgerlijk Wetboek staat niet in steen geschreven. De wetgever past het Burgerlijk Wetboek, al dan niet ter implementatie van een Europese richtlijn, regelmatig aan. Nieuwe verbijzonderingen, inclusief nieuwe verwijzingen naar relevante omstandigheden, zijn hierbij niet uitgesloten. De wetgever dient slechts naar duidelijke en directe factoren te verwijzen. Hij moet voor het opnemen van een verwijzing naar een omstandigheid twee vragen beantwoorden: "dient de omstandigheid extra gewicht in de schaal te leggen?" en "is het mogelijk om de

131 § 3.2.

132 § 3.2.2.

133 *Parl. Gesch. Boek 1*, p. 781-782 (V.V. II, M.v.A. II en M.O.). Zie ook Asser/De Boer 2010 (1*), nr. 1040 en Wortmann (*Personen- en Familierecht*), art. 1:399 BW, aantekeningen A4 en 1.

134 § 3.2.1.

135 § 2.5.

omstandigheid te vervangen door een directere en duidelijkere omstandigheid?”. De verwijzing naar de omstandigheid dient pas in de wet te worden opgenomen bij een positieve beantwoording van de eerste vraag en een negatieve beantwoording van de tweede vraag.

8.4.2 Aanbevelingen aan de rechter

De rechter stelt de werking van de redelijkheid en billijkheid vast als de partijen hier in een concreet geval over twisten.¹³⁶ Deze beslissingen beïnvloeden vervolgens de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het gezag van de rechter vergroot het gewicht van de door de rechter genoemde factoren.¹³⁷ De rechter dient zijn invloed te gebruiken om duidelijkheid te creëren ten aanzien van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. Ik doe daarom enkele aanbevelingen aan de rechter. De rechter dient zijn uitspraken over de werking van de redelijkheid te motiveren met een beroep op duidelijke en directe factoren (§ 8.4.2.1). De Hoge Raad dient de lagere rechters hiertoe aan te sporen (§ 8.4.2.2).

8.4.2.1 Motiveer een uitspraak met een beroep op duidelijke en directe factoren

De rechter creëert duidelijkheid door in de motivering van een uitspraak aan te geven welke concrete omstandigheden tot het oordeel over de werking van de redelijkheid en billijkheid hebben geleid. De deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen dankzij deze motivering rekening houden met de rol van de bij deze omstandigheden behorende factoren.¹³⁸

De rechter heeft al veel werk verricht. Verschillende uitspraken noemen de omstandigheden die tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen leiden. Dergelijke uitspraken noemen niet alleen de concrete omstandigheden die leiden tot de werking van de redelijkheid en billijkheid in het concrete geval. Zij verwijzen ook naar factoren. De uitspraken noemen abstractere omstandigheden die als factor kunnen fungeren in vergelijkbare zaken. Dit geldt zowel voor uitspraken van de Hoge Raad als voor uitspraken van lagere rechters.¹³⁹

136 § 1.6.

137 § 2.4.

138 De §§ 2.4 en 6.4.1.1.

139 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267 (*Rabobank/Aarding*) en HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*).

De verwijzingen naar de relevante factoren creëren duidelijkheid. Toch ligt hier nog veel ruimte voor verbetering. De rechter dient zich niet te beperken tot een opsomming van de relevante factoren. Hij dient zijn oordeel te motiveren met een beroep op de factoren die in het concrete geval de voorkeur verdienen. De genoemde factoren moeten duidelijk en direct te zijn. Een motivering met een beroep op omstandigheden die bij onduidelijke en indirecte factoren horen, verdient niet de voorkeur. De rechter dient zijn oordelen bijvoorbeeld niet te motiveren met een beroep op een rechtsbeginsel. Het is immers steeds mogelijk om dit beroep te vervangen door een duidelijker beroep op een andere factor.¹⁴⁰

De rechter dient hierbij bovendien meer aandacht te besteden aan de precieze rol van de factor in het concrete geval. De in § 6.4.1.1 gegeven aanwijzingen gelden in het bijzonder voor de rechter. Een opsomming van de factoren die tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen leiden, een 'factorencatalogus',¹⁴¹ is onvoldoende duidelijk. De rechter dient aan te geven waarom een factor van belang is en welke factoren in het concrete geval het meeste gewicht in de schaal leggen.

De rechter dient zijn oordeel te blijven motiveren met een beroep op de factoren en omstandigheden die tot een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid hebben geleid. Hij moet hierbij echter meer aandacht besteden aan de duidelijkheid en directheid van de door hem genoemde factoren. Een motivering met een beroep op een bepaalde factor verdient slechts de voorkeur als het niet mogelijk is om de invloed van de relevante omstandigheid te verklaren met een beroep op een duidelijkere en directere factor.

8.4.2.2 Spoor lagere rechters aan tot een motivering met een beroep op duidelijke en directe factoren

De Hoge Raad is de hoogste rechter in geschillen over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Hij stelt de werking van de redelijkheid en billijkheid vast als een partij zich niet neerlegt bij de uitspraak van een lagere rechter. Zijn uitspraken hebben het meeste gezag en dus ook de grootste invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.

De Hoge Raad dient lagere rechters aan te sporen om uitspraken te motiveren met een beroep op duidelijke en directe factoren. Hij kan dit doen door het goede voorbeeld te geven. De aanbeveling uit § 8.4.2.1 geldt dan ook in het bijzonder voor de Hoge Raad.

¹⁴⁰ § 2.5.1.

¹⁴¹ § 1.4.2.

De Hoge Raad kan de lagere rechters ook op een andere manier aansporen tot duidelijkere motiveringen. De rechter heeft een motiveringsplicht. Een vonnis dient de gronden waarop het rust te bevatten.¹⁴² De motivering moet een beslissing controleerbaar en aanvaardbaar maken. Zij dient inzicht te geven in de gedachtegang van de rechter.¹⁴³ De Hoge Raad kan een uitspraak casseren als de lagere rechter niet heeft voldaan aan deze plicht.¹⁴⁴

De Hoge Raad dient de motiveringplicht te gebruiken om de lagere rechters aan te sporen tot duidelijkere motiveringen. Hij dient uitspraken over de werking van de redelijkheid en billijkheid te casseren als deze uitspraken slechts een beroep doen op onduidelijke en indirecte factoren. Uitspraken die wel worden gemotiveerd met een beroep op de factoren die de voorkeur verdienen, dienen juist niet te worden gecasseerd op grond van een gebrek in de motivering. Dit geldt ook als een partij een beroep heeft gedaan op een overlappende factor die de voorkeur niet verdient.

Ik geef een voorbeeld. Een partij doet een beroep op de aard van de overeenkomst. De overeenkomst is namelijk 'om niet'. De partij doet daarmee een beroep op de factor 'kenmerken van de rechtsbetrekking'. Een beroep op de factor 'verschil in de omvang van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking' verdient echter de voorkeur.¹⁴⁵ De lagere rechter motiveert zijn uitspraak met een beroep op deze factor. De rechter verwijst in zijn motivering niet naar de aard van de overeenkomst. De partij gaat in cassatie. Zij stelt dat de rechter niet is ingegaan op haar stelling dat de aard van de overeenkomst voor een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleit. De Hoge Raad dient de uitspraak van de lagere rechter niet te casseren op grond van een motiveringsgebrek. De rechter is namelijk *wel* op de stelling van de partij gekozen. Hij heeft gekozen voor een factor die de stelling op een duidelijkere en directere manier weergeeft. De Hoge Raad dient deze keuze niet te 'bestrafen' door de uitspraak te casseren.

142 De artt. 121 Gw, 230 lid 1 sub e Rv en 5 lid 1 RO en Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 117.

143 HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (*Vredo/Veenhuis*), HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 (*N/Mobius*), HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (*Finkenburgh/Van Mansum*), HR 29 juni 2001, NJ 2001, 494 (*S/Gemeente N*), HR 29 juni 2001, NJ 2001, 495, HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 (*Verhoeven/Lammers*), HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 37 en Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 120.

144 Zie uitgebreider Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7), nr. 117-129.

145 De §§ 5.3.2, 7.3.1 en 8.4.1.2.

De omgekeerde situatie is ook mogelijk. Een partij doet een beroep op het ontbreken van een evenwicht tussen de verschillende belangen. De rechter motiveert zijn uitspraak echter met een beroep op de aard van de overeenkomst, en dus met een factor die de voorkeur niet verdient. De Hoge Raad dient deze uitspraak te casseren wegens schending van de motiveringsplicht.

Een vernietiging van het oordeel van de lagere rechter zal in veel gevallen niet leiden tot een afwijkende einduitspraak. De lagere rechter kan na verwijzing tot dezelfde beslissing komen en deze uitspraak motiveren met een beroep op de factoren die de voorkeur wel verdienen. Dit geldt vooral als de uitspraak van de lagere rechter, ondanks de motivering met een factor die de voorkeur niet verdient, goed te begrijpen is. Een vernietiging van het oordeel van de lagere rechter leidt in dergelijke gevallen tot een onnodige verlenging van de rechterlijke procedure. De Hoge Raad dient de uitspraak van de lagere rechter in deze gevallen daarom niet te vernietigen. Hij dient hierbij echter wel duidelijk te maken dat de uitspraak van de lagere rechter, hoewel 'niet onbegrijpelijk', niet optimaal is. De motivering van de Hoge Raad dient duidelijk te maken welke factoren in vergelijkbare gevallen de voorkeur verdienen. De Hoge Raad stelt de lagere rechters op deze manier in staat om een oordeel over de werking van de redelijkheid en billijkheid in toekomstige gevallen duidelijker te motiveren. Hij kan zo duidelijkheid creëren over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden zonder te zorgen voor onnodige verlengingen van rechterlijke procedures.

8.4.3 Aanbevelingen aan de praktijkjurist

De redelijkheid en billijkheid kan iedere privaatrechtelijke rechtsbetrekking beïnvloeden.¹⁴⁶ Dit verplicht praktijkjuristen om rekening te houden met de werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit onderzoek geeft een overzicht van de verschillende factoren die deze werking beïnvloeden. De praktijkjurist kan dit overzicht gebruiken om zijn beroep op een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid te onderbouwen met factoren die voor deze werking pleiten. Zijn opponent kan het overzicht gebruiken bij zijn zoektocht naar factoren die tegen de werking pleiten.

Een praktijkjurist kan zijn beroep op een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid onderbouwen met zoveel mogelijk relevante factoren. De overlappingen tussen de verschillende factoren maakt het

146 § 1.2.6.

mogelijk om een grote hoeveelheid factoren in stelling te brengen. Uit § 8.3.6 blijkt bijvoorbeeld dat een beroep op de factoren 'moraal', 'in Nederland levende rechtsovertuigingen', 'rechtsnormen', 'rechtsbeginselen', 'gedragingen van de partijen bij een rechtsbetrekking' en 'kenmerken van de rechtsbetrekking' altijd mogelijk is. Het is bijvoorbeeld altijd mogelijk om een morele norm te formuleren die voor of tegen een bepaalde werking van de redelijkheid en billijkheid pleit.¹⁴⁷ Een beperking van de gevolgen van een overeenkomst tast de rechtszekerheid aan. De factor 'rechtszekerheid in de zin van rechtsduidelijkheid' pleit daarom standaard *tegen* een beperking van de gevolgen van een overeenkomst. Ook de factoren 'rechtsbeginselen' en 'eerdere gedragingen die niet in overeenstemming zijn met later gedrag' leggen standaard gewicht in de schaal tegen een dergelijke beperking. Het vertrouwensbeginsel en het beginsel van partijautonomie brengen immers mee dat partijen zijn gebonden aan hun beloftes. Een partij wekt daarnaast door het sluiten van een overeenkomst het vertrouwen dat zij de overeenkomst ook zal uitvoeren. Zij handelt inconsequent als zij later een beroep doet op de onredelijkheid van de gevolgen van de overeenkomst.¹⁴⁸

Een praktijkjurist kan onduidelijkheid scheppen met een beroep op een grote hoeveelheid overlappende onduidelijke en indirecte factoren. Deze strategie is in sommige gevallen een goede manier om de belangen van de partij te behartigen. Een beroep op duidelijke en directe factoren is immers niet altijd voldoende om de wederpartij of de rechter te overtuigen. De partij kan daarnaast belang hebben bij het rekken van de procedure.

De jurist van de wederpartij dient door deze strategie heen te prikken. Hij kan dit doen door zelf *wel* duidelijkheid te scheppen over de invloed van de omstandigheden van het geval. Een vergelijking van de verschillende factoren laat zien dat de argumenten van de andere partij elkaar overlappen. Een beroep op duidelijke en directe factoren toont aan dat het standpunt van deze partij in werkelijkheid zwak is. Hoe sneller de jurist van de wederpartij duidelijkheid schept, des te beperkter is het vertragende effect van de hierboven beschreven strategie.

Een beroep op indirecte en onduidelijke factoren loont niet als de jurist van de wederpartij dit beroep tegen gaat met een duidelijke hanteling van de omstandigheden van het geval. Een praktijkjurist kan op deze manier het belang van zijn cliënt behartigen en tegelijkertijd duidelijkheid

¹⁴⁷ § 2.2.

¹⁴⁸ De §§ 1.3.4, 1.6, 2.5.1, 3.2.2 en 6.4.1.1.

creëren over de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden.

8.5 Mogelijkheden voor nader onderzoek

Dit onderzoek geeft een systematisch overzicht van de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden. De mogelijkheden voor onderzoek naar deze omstandigheden zijn hiermee echter niet uitgeput. Ik beschrijf in deze paragraaf enkele mogelijkheden voor nader onderzoek.

Het nadere onderzoek kan gericht zijn op het ontkrachten van de in dit onderzoek ingenomen stellingen. Ik heb verschillende factoren ‘geëlimineerd’. De factoren ‘gewoonten’, ‘rechtsbeginselen’, ‘grondrechten’, ‘gedragingen die de rechten en plichten beïnvloeden’, ‘verrijkende gedragingen’, ‘afhankelijkheid’, ‘soort belang’, ‘gedragsprikkels’, ‘verschil in de soort van de belangen van de partijen bij de rechtsbetrekking’ en ‘proportionaliteit’ hebben geen zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁴⁹ Een beroep op één van deze factoren dient altijd te worden vervangen door een beroep op een andere factor. Het nadere onderzoek kan zich richten op het vinden van een situatie waarin een beroep op deze factoren *wel* de voorkeur verdient.

Het onderzoek kan zich ook richten op het vinden van nieuwe factoren. Ik heb in § 8.3.8 enkele voorbeelden gegeven van mogelijke toekomstige factoren. Het onderzoek kan zich ook richten op een verdere onderverdeling van de bestaande factoren. De factor ‘maatschappelijke positie of professionaliteit’ leent zich bijvoorbeeld voor een onderverdeling in bijzondere maatschappelijke posities.¹⁵⁰ Het is daarnaast mogelijk om de invloed van verschillende soorten belangen te onderzoeken.¹⁵¹ Het onderzoek kan zich ook richten op mogelijke factoren die *niet* in het systeem van dit onderzoek passen. Bestaan er factoren die niet bij één van de zes benaderingswijzen passen? Hebben deze factoren zelfstandige invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid? Verdient een beroep op deze factoren de voorkeur boven een beroep op de bestaande factoren?

Dit onderzoek stelt de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden centraal. Het onderzoekt vervolgens of deze omstandigheden ook een rol spelen in de andere delen van

149 De §§ 2.3.3, 2.5.1, 2.5.2, 3.2.3, 3.2.4, 5.2.1, 6.2.2, 6.4.3, 7.3.2 en 7.4.1. Zie ook § 8.2.4.

150 § 4.2.

151 § 6.2.2.

het recht. Een 'omgekeerde' aanpak is ook mogelijk. Welke omstandigheden beïnvloeden de werking en de eisen van de wet, maatschappelijke betamelijkheid of goede zeden?¹⁵² Hebben deze omstandigheden ook invloed op de werking van de redelijkheid en billijkheid? Nader onderzoek kan deze omgekeerde aanpak volgen.

Dit onderzoek besteedt een beperkte hoeveelheid aandacht aan rechtsvergelijking. De omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden, spelen ook *een* rol in buitenlandse rechtssystemen. Hiermee is echter niet gezegd dat de omstandigheden ook *dezelfde* rol spelen. Beïnvloeden zij rechtsfiguren die vergelijkbaar zijn met de redelijkheid en billijkheid? Leiden zij tot vergelijkbare werkingen? Nader onderzoek kan verduidelijken in hoeverre de rol van de verschillende omstandigheden in verschillende rechtssystemen overeenkomt.

Er bestaan verschillen tussen de lidstaten van de Europese Unie. Dit is geen bezwaar tegen een rol voor een variant op de redelijkheid en billijkheid in het Europese recht. De redelijkheid en billijkheid houdt immers rekening met lokale verschillen.¹⁵³ Een Europese variant op de redelijkheid en billijkheid leidt echter niet tot harmonisatie als de eisen van deze variant in ieder land volledig anders zijn. Harmonisatie vereist ten minste *een* algemeen gedeelde basis. Nader onderzoek kan duidelijk maken in hoeverre een dergelijke basis aanwezig is.

In veel gevallen kunnen verschillende factoren de relevantie van een concrete omstandigheid verklaren.¹⁵⁴ De factoren vertonen in een dergelijk geval een overlap. Een beroep op één van deze overlappende factoren verdient de voorkeur.¹⁵⁵ Dit onderzoek bespreekt verschillende overlappingen tussen twee factoren. Het spreekt hierbij de voorkeur uit voor een beroep op één van de factoren of een beroep op beide factoren. Het onderzoek houdt hierbij geen rekening met in de praktijk levende voorkeuren. Hoe duidelijk zijn de factoren die de voorkeur verdienen in de ogen van de deelnemers aan het rechtsverkeer? Op welke factoren doen advocaten een beroep? Leiden deze factoren tot een succesvol beroep op een werking van de redelijkheid en billijkheid? Welke factoren gebruikt een rechter om zijn beslissing te motiveren? Houden deze motiveringen stand in cassatie? Nader onderzoek kan duidelijk maken in hoeverre de voorkeur voor een bepaalde factor overeenkomt met de in de praktijk levende voorkeuren.

152 Zie bijvoorbeeld Van den Brink 2002, p. 213-220 over de invloed van verschillende belangen op de werking van de goede zeden.

153 § 8.3.4.

154 § 1.5.2.

155 De §§ 1.5.4 en 8.2.4.

8.6 Conclusie

De werking van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. 'Alle omstandigheden van het geval' is meer dan een doodoener. Een systematisch overzicht van de relevante omstandigheden creëert duidelijkheid over de werking van de redelijkheid en billijkheid. Het oneindige aantal concrete omstandigheden is terug te brengen tot een beperkt aantal abstracte factoren. Deze factoren zijn onder te verdelen in zes hoofdcategorieën.

Het systematische overzicht laat zien dat de invloed van de verschillende omstandigheden niet is geïsoleerd tot (een specifieke werking van) de redelijkheid en billijkheid of het Nederlandse recht.¹⁵⁶ Het leidt daarnaast tot verschillende conclusies over de invloed van de relevante omstandigheden op de werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁵⁷ De wetgever, rechter en praktijkjurist kunnen bijdragen aan de rechtszekerheid. Zij dienen slechts gebruik te maken van factoren die de voorkeur verdienen.¹⁵⁸

Dit onderzoek put de mogelijkheden voor onderzoek naar de relevante omstandigheden niet uit. Nader onderzoek is mogelijk. Het nadere onderzoek kan voortbouwen op dit onderzoek. Het kan zich ook richten op het ontkrachten van de ingenomen stellingen.¹⁵⁹

De omstandigheden van het geval beïnvloeden de werking van het recht. Zij oefenen hun invloed onder andere uit via de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid is hiervoor bij uitstek geschikt. Zij is een open norm. Zij is afhankelijk van alle relevante omstandigheden van het geval. Zij biedt daarnaast geen 'harde' regels. Het open karakter van de redelijkheid en billijkheid kan tot rechtsonzekerheid leiden.¹⁶⁰ Een systematisch onderzoek naar de omstandigheden van het geval kan deze onzekerheid echter verkleinen. Juist het open karakter van de redelijkheid en billijkheid maakt een dergelijk onderzoek mogelijk. De redelijkheid en billijkheid verhuult de invloed van de omstandigheden niet. Zij geeft hen een duidelijke plaats. De verkenning van deze plaats leidt tot duidelijkheid over de invloed van de omstandigheden van het geval.

156 § 8.2.

157 § 8.3.

158 § 8.4.

159 § 8.5.

160 § 6.4.1.1.

SUMMARY

The requirement of good faith and fair dealing (*redelijkheid en billijkheid*) plays an important role in the private law of the Netherlands. Many paragraphs in the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*) refer to the requirement. Some of them, like the paragraphs 2:8, 6:2 and 6:248, refer to the requirement in general terms. Others turn to the requirement to answer a more specific question. The requirement can supplement and limit the effects of any legal relation. Furthermore, it governs the interpretation of contracts and other legal acts. The requirement of good faith and fair dealing is an open norm. Its legal effects depend on 'all circumstances of the case'. This makes the exact effects hard to determine. As the circumstances are likely to differ in each case, the effects of the requirement of good faith and fair dealing may also differ.

This study attempts to reduce the legal uncertainty that is caused by the requirement of good faith and fair dealing. It is aimed at providing clarity about 'all circumstances of the case'. It provides a systematic description of the circumstances that influence the effects of the requirement. This study answers the following research question: *what circumstances influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing?*

An unlimited amount of possible cases leads to an unlimited amount of possible relevant circumstances. A description of all of the possible circumstances is not possible. Therefore, this study does not describe the concrete circumstances in individual cases. Instead, it focuses on more abstract 'factors'. Every concrete circumstance belongs to an abstract factor.

After this *introduction*, *chapter one* makes several general remarks about the requirement of good faith and fair dealing and the circumstances that influence the effects of this requirement. The relevance of a circumstance is not determined by general principles or *topoi*. It directly flows from the good faith and fair dealing. This study treats statutes, judicial decisions and legal doctrine as evidence of the relevance of a circumstance. A circumstance is regarded relevant when a statute, a judicial decision or the doctrine shows that it *can* influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing.

The circumstances function as factors that influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing. They provide a reason that argues for a specific effect. They do not necessitate this particular effect. Other circumstances can plead against this effect. The Dutch Supreme Court (*'Hoge Raad'*) rejects wordings that suggest that certain circumstances work as rules that necessitate a particular decision.

The relevant factors can be divided in six categories or 'approaches'. These approaches are often 'overlapping'. The influence of a single circumstance can often be explained in different ways. Different abstract factors, belonging to different approaches, can describe the influence of a single factual circumstance. The division in six categories allows us to recognize these overlaps. Moreover, not every factor or approach can explain the influence of a circumstance with the same level of clearness. There is always a 'best' approach. The best approach leads to a factor that is 'direct' and 'clear'. Consistent appeals on this factor, rather than on the sub-optimal factors, reduce the uncertainty that is caused by the requirement of good faith and fair dealing.

Chapter two describes the approach 'rules'. Moral rules, shared views, authoritative decisions and legal rules all influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing. Generally, a rule affects the requirement when it is *not* directly applicable in the case at hand. The *characteristics* of a directly applicable rule may also affect the requirement. For a rule to influence the effects of the requirements, it needs to have a connection with the case at hand. It can be connected through the nature of the transaction or the characteristics of the parties. Furthermore, the characteristics of a rule are involved when the rule is applied in the case at hand. In most situations, an appeal on a rule does not represent the 'best' approach. Rules are not direct; their application depends on other circumstances. An appeal on these other circumstances should be preferred over an appeal on the rule.

Chapter three describes the approach 'conduct and events'. The factors clarify who is responsible for the situation in the case at hand. It could have arisen due to the immoral, careless or inconsequent conduct of one of the parties. It could also have arisen due to the conduct of a third-party or due to an event that happened independently of the involved parties. An appeal on a factor that belongs to this category often represents the 'best' approach. This does not mean that the other factors are redundant. In many cases, the influence of the conduct of a party cannot be ascertained without paying attention to other relevant factors. An appeal on these 'other circumstances' clarifies the influence of the conduct.

Chapter four describes the approach ‘characteristics of the parties to the legal relation’. A party may be professional, knowledgeable, rich or powerful. These, and other characteristics, influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing. The requirement protects weak parties and imposes stricter demands on stronger parties. Furthermore, as described above, the characteristics of the parties influence the involvement of relevant rules. Lastly, the characteristics *imply* other relevant circumstances such as the involvement of particular interests. An appeal on a factor that belongs to this category often represents the ‘best’ approach. The characteristics of the involved parties can be proven relatively easy.

Chapter five describes the approach ‘the relationship between the parties to the legal relation’. The characteristics of a legal or factual relation influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing. The requirement imposes stricter demands on parties that are involved in a factual relation that involves dependency, trust or cooperation. They are not allowed to act in a way that is inconsistent with the nature of the factual relation. The characteristics of the legal relationship influence the requirement if these characteristics are not reflected in the legal rights and obligations that are created by the relation. Furthermore, as described above, the characteristics of the legal relation influence the involvement of relevant rules. An appeal on a factor that belongs to this category represents the ‘best’ approach if it is an appeal on the strictness of the demands of the requirement, the characteristics that are not reflected in the rights and obligations or the involvement of relevant rules. Unfortunately, statutes, judicial decisions and legal doctrine often appeal on the ‘nature of the legal relationship’ when this appeal is not direct. The ‘nature of the legal relationship’ is fully dependent on other relevant circumstances. An appeal on the other circumstances should be preferred.

Chapter six describes the approach ‘interests’. The interests of the parties to the legal relation, third-parties and the society influence the effects of the requirement of good faith and fair dealing. The requirement protects relevant interests. The involvement of *a* relevant interest is required for any effect. The case at hand is not ‘unreasonable’ if there is not a single relevant interest involved. In many cases, different interests point in opposite directions. For an interest to *really* influence the effects of the requirement, it needs to be extraordinary large or small. For example, an interest is large if it concerns an important value such as human life or shelter. It is small if it can also be protected through other measures. In those cases, the requirement of good faith and fair dealing is not needed for the protection of the interest. The interest of legal certainty plays an

important role. There is a tension between this interest and the requirement of good faith and fair dealing. Therefore, in every case, the interest argues *against* an effect of the requirement.

Chapter seven describes the approach 'balance'. Other categories describe the influence of the interests or characteristics of one of the parties. The category 'balance' compares the interests or characteristics of one of the parties with the conduct, interests or characteristics of the other party. In many cases, the influence of a characteristic, such as the financial situation, of one of the parties cannot be determined without paying attention to the characteristics of the other party. Furthermore, the influence of an interest is dependent on the size of the other involved interests. An interest of one of the parties has more influence on the requirement if the involved interest of the other party is much smaller. In some cases, an appeal on the balance between the characteristics or interests of the parties represents a better approach than an appeal on the characteristics or interests of one of the parties. In other cases, an appeal on the characteristics or interests of one of the parties should be preferred.

Chapter eight concludes the book. A systematic description of the circumstances that influence the requirement of good faith and fair dealing leads to several conclusions. The circumstances of the case create boundaries. Furthermore, they influence the strictness of the demands of the requirement. Their influence is dependent on 'the big picture'. Next, the rules and views of a limited group can influence the effects of the requirement. The influence of a factor is dependent on the intensity of its presence in the case at hand. An appeal on a factor that can explain every effect of the requirement of good faith and fair dealing does not represent the best approach. Furthermore, the effects of the requirement mainly depend on circumstances that can be influenced by the parties to the legal relation. Lastly, the circumstances that are evidenced by acts, judicial decisions and legal doctrine do not represent all possible relevant circumstances.

The legislator and judges can reduce uncertainty about the effects of the requirement by following the best approach when formulating their acts and judicial decisions. A systematic description of the circumstances that influence the requirement of good faith and fair dealing reduces the legal uncertainty that is caused by the requirement. Further research can reduce this uncertainty even further.

LITERATUURLIJST

Abas 1972

P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972.

Abas 2000

P. Abas, 'Tets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het BW', *WPNR* (6384) 2000, p. 6-8.

Abas 2006

P. Abas, *Rechterlijke matiging van schulden* (Monografieën BW deel A16), Deventer: Kluwer 2006.

Van den Akker 2001

E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Alexy 2000

R. Alexy, 'On the structure of Legal Principles', *Ratio Juris* (13) 2000, p. 294-304.

Alexy (1985) 2010

R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010 (*Theorie der Grundrechte* 1985, vertaald door J. Rivers).

Aristoteles 1997

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, Amsterdam: Kallias 1997 (vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door C.A.M. Hupperts en B. Poortman).

Aronstein 2011a

I.V. Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', *WPNR* (6901) 2011, p. 816-822.

Aronstein 2011b

I.V. Aronstein, *European Law and Open Norms of Private Law*, Utrecht: Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University 2011.

Arrighetti, Bachmann & Deakin 1997

A. Arrighetti, R. Bachmann & S. Deakin, 'Contract law, social norms and inter-firm cooperation', *Cambridge Journal of Economics* (21) 1997, p. 171-195.

Asser procesrecht/Veegens/Korthals Altes & Groen 2005 (7)

D.J. Veegens/E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Asser-serie procesrecht. Deel 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/De Boer 2010 (1*)

J. de Boer, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp 2011 (3-I*)

A.S. Hartkamp, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-IV*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2013 (6-II*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V*)

G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hijma 2007 (5-I)

Jac. Hijma, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Maeijer 1995 (5-V)

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser/Maeijer 1997 (2-II)

J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser/Van Olffen 2010 (7-VII*)

M. van Olffen, Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Personenvennootschappen, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Rensen 2012 (2-III*)

G.J.C. Rensen (met medewerking van J.M. Fernández), *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Scholten 1974 (Algemeen deel*)

P. Scholten/G.J. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 (2-II*)

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (met medewerking van R.G.J. Nowak), *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Tjong Tjin Tai 2009 (7-IV*)

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Vranken 1995 (Algemeen deel)**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser/Vranken 2005 (Algemeen deel*)**

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Atiyah/Smith 2005

P.S. Atiyah/S.A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press 2005.

Bakels 1993

F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Bakels 2011

F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW deel B58), Deventer: Kluwer 2011.

Bakker 2011

P.S. Bakker, 'Uitleg van commerciële contracten', *WPNR* (6890 en 6891) 2011, p. 477-485 (I) en 502-511 (II, slot).

Bakker 2012

P.S. Bakker, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (diss. Amsterdam VU, Serie Recht en Praktijk Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht deel CA6), Deventer: Kluwer 2012.

Bakker & Haas 2010

P.S. Bakker & D. Haas, 'De bijzondere zorgplicht bij de opzegging van kredietovereenkomsten – zijn de zeven vette jaren van Rabobank/Aarding voorbij?', *MvV* 2010, p. 293-299.

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barendrecht 1996

J.M. Barendrecht, 'Vertrouwen koppelen aan de feiten. Oneigenlijke toepassing van de vertrouwensleer bij vertegenwoordiging, uitleg en precontractuele aansprakelijkheid', *WPNR* (6223) 1996, p. 353-359.

Barendrecht & Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners. Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten, notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011

T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen', *NTBR* 2011, p. 479-491.

Bartels 2004

S.E. Bartels, 'Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel', *VrA* 2004-2, p. 4-23.

Bartels & Milo 2000

S.E. Bartels & J.M. Milo, 'Open normen in het goederenrecht. Flexibiliteit met behoud van zekerheid?', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 1-20.

Beatson 1995

J. Beatson, 'Public Law Influences in Contract Law', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 263-288.

Bierens 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht. De ontwikkeling van een weerbarstig leerstuk op het snijvlak van financieel publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2013, p. 15-27.

Blackstone/Coleridge 1825

W. Blackstone/J.T. Coleridge, *Commentaries on the Laws of England. Book the first. Rights of persons*, Londen: Cadell and Butterworth 1825.

Bloembergen 1969

A.R. Bloembergen, 'Exoneratieclausules', *Bouwrecht* 1969, p. 355-370.

Bloembergen 1992

A.R. Bloembergen, 'Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel', *WPNR* (6074) 1992, p. 950-957.

De Boer 2012

N. de Boer, 'Duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar: is de Hoge Raad om?', *ORP* 2012-2, p. 20-23.

Van Boeschoten 1964

C.D. van Boeschoten, 'In welke gevallen dient de wetgever de rechter te verplichten of hem de bevoegdheid te geven de verplichting tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad te matigen? Preadvies van Mr. C.D. van Boeschoten', in: C.D. van Boeschoten e.a., *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1964. Vier-en-negentigste jaargang. I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1964, p. 125-210.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Bregstein 1935

M.H. Bregstein, *De beteekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten* (oratie Rotterdam), Haarlem: Erven F. Bohn 1935.

Bridge 1984

M.G. Bridge, 'Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?', *Canadian Business Law Journal* (9) 1984, p. 385-426.

Bridge 1999

M.G. Bridge, 'Good Faith in Commercial Contracts', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 139-164.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Van den Brink 2012a

V. van den Brink, 'Alle omstandigheden van alle gevallen', *NTBR* 2012, p. 1-2.

Van den Brink 2012b

V. van den Brink, 'Redelijkheid en billijkheid en hun overlap met verwante wettelijke bepalingen', *MvV* 2012, p. 23-27.

Van den Brink 2012c

V. van den Brink, 'Artikel 3:40 BW onder het mes?', *NTBR* 2012, p. 327-328.

Broekema-Engelen (Verbintenissenrecht)

B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht, commentaar op artikel 77 Boek 6 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Brownsword 1996

R. Brownsword, 'Good Faith in Contracts' Revisited', in: M.D.A. Freeman & R. Halson (red.), *Current Legal Problems 1996. Volume 49. Part 2: Collected Papers*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 111-157.

Brownsword 1997

R. Brownsword, 'Contract Law, Co-operation, and Good Faith: The Movement from Static to Dynamic Market-Individualism', in: S. Deakin & J. Michie (red.), *Contracts, Co-operation, and Competition. Studies in Economics, Management, and Law*, Oxford: Oxford University Press 1997, p. 255-284.

Brownsword 1999

R. Brownsword, 'Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 13-40.

Bruins 1906

G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding* (diss. Leiden), Den Haag: Mouton 1906.

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.

Brunner 1974

C.J.H. Brunner, 'De opdracht', *WPNR* (5285 en 5286) 1974, p. 783-791 (I) en 803-808 (II, slot).

Brunner 1988

C.J.H. Brunner, 'Burgerlijk recht, geschreven en ongeschreven', *WPNR* (5885) 1988, p. 454-460.

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner e.a., *Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 87-100.

Burchell & Wilkinson 1997

B. Burchell & F. Wilkinson, 'Trust, business relationships and the contractual environment', *Cambridge Journal of Economics* (21) 1997, p. 217-237.

Burkens 1971

M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1971.

Burrows 2004

A.S. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Canaris 1965

C.-W. Canaris, 'Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen', *Juristenzeitung* 1965, p. 475-482.

Canaris & Grigoleit 2011

C.-W. Canaris & H.C. Grigoleit, 'Interpretation of contracts', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Towards a European Civil Code. Fourth Revised and expanded edition*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 587-618.

Castermans 1992

A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Cherednychenko 2012a

O.O. Cherednychenko, 'Provisieafspraken tussen cliënten en financiële dienstverleners: van de privaatrechtelijke contractsvrijheid naar de publiekrechtelijke iustum pretium', *Contracteren* 2012, p. 45-48.

Cherednychenko 2012b

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financieel 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012, p. 223-236.

Chitty/Beale 2012

H.G. Beale, 'Duress and Undue Influence', in: H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts. Volume I. General Principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, p. 669-751.

Chitty/Mitchell 2012

P.P. Mitchell, 'The Crown, Public Authorities and the European Union', in: H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts. Volume I. General Principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, p. 841-882.

Chitty/Whittaker 2012

S.J. Whittaker, 'Introductory', in: H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts. Volume I. General Principles*, London: Sweet & Maxwell 2012, p. 3-167.

Cohen 2011

G.M. Cohen, 'Interpretation and implied terms in contract law', in: G. de Geest (red.), *Contract Law and Economics* (Encyclopedia of Law and Economics deel 6), Cheltenham: Elgar 2011, p. 125-151.

Cohen Henriquez 1976

E. Cohen Henriquez, 'Spreken is zilver, zwijgen is fout', *NJB* 1976, p. 625-634.

Van Dale 2005

T. den Boon & D. Geeraerts (red.), *Van Dale. Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht: Van Dale Lexicografie 2005.

DCFR 2010

C. von Bar & E.M. Clive (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Van Delden 1992

R. van Delden, 'Handelsrecht, een partijtje ongeregeld' (afscheidscollege Rotterdam), in: H.J. Snijders & M. Verhagen (red.), *Haven en Handel. Tekst van het afscheidcollege van Prof. mr R. van Delden aangevuld met teksten van de lezingen gehouden tijdens het daaraan voorafgaande symposium 'Haven en Handel'*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1-25.

Deterink & Prinsen 1996

A.A.M. Deterink & L.L.M. Prinsen, 'De aansprakelijkheid van de bank en de Erba-leer', in: R.P.J.L. Tjittes & M.A. Blom (red.), *Bank & aansprakelijkheid* (Serie recht en praktijk deel 95), Deventer: Kluwer 1996, p. 155-170.

Dijkshoorn 2012

W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012, p. 3020-3024.

Dommering 1982

E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (Monografieën Nieuw BW deel A7), Deventer: Kluwer 1982.

Drion 1981

H. Drion, 'Het rechtszekerheidsargument', in: H. Drion e.a., *De hanteerbaarheid van het recht* (Pels Rijcken-bundel, Boekenreeks NJB deel 7), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 1-13.

Drion 2005

C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, p. 1781.

Dubbink 1990

C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW', *WPNR* (5963 en 5964) 1990, p. 359-362 (I) en 375-378 (II, slot).

Van Dunné 1971

J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

Van Dunné 1992

J.M. van Dunné, 'Macht en onmacht bij het contracteren: 'economische dwang' en art. 3:44 BW', in: P. Abas e.a., *Te pas* (Stein-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 85-95.

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Dunné 2011

J.M. van Dunné, 'Aanpassing van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden: een kwestie van uitleg?', *Contracteren* 2011, p. 111-126.

Duxbury 2008

N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

Dworkin 1978

R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1978.

Dworkin 1986

R.M. Dworkin, *Law's empire*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap press of Harvard University Press 1986.

Eisenberg 1995

M.A. Eisenberg, 'Relational Contracts', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 291-304.

Engelhard & Van Maanen 1998

E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, 'De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam...', *NTBR* 1998, p. 309-324.

Ernes & Lamers 2012

A.L.H. Ernes & A.H. Lamers, 'Groepscontracten als antwoord op de economische verdichting van de samenleving', *WPNR* (6934) 2012, p. 451-458.

Ernste 2012

P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht deel 74), Deventer: Kluwer 2012.

Van Erp 2000

J.H.M. van Erp, 'Kredietopzegging: een kwestie van behoorlijke besluitvorming', *NTBR* 2000, p. 380-383.

Van Esveld 1946

N.E.H. van Esveld, *De ontplooiing van het individu in het arbeidsrecht*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1946.

Fabre-Magnan 1995

M. Fabre-Magnan, 'Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 99-120.

Farnsworth 1995

E.A. Farnsworth, 'Good faith in Contract Performance', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 153-170.

Farnsworth/Sheppard 2010

E. A. Farnsworth/S. Sheppard, *An introduction to the Legal system of the United States*, New York, New York: Oxford University Press 2010.

Fesevur 2000

J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 21-60.

Gerbrandy 1992

S. Gerbrandy, 'Redelijkheid en billijkheid op de drempel', *WPNR* (6061) 1992, p. 635-640.

Van Gerven 1991

W. van Gerven, 'Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 75-86.

Gómez 2011

F. Gómez, 'Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks', in: F. Cafaggi (red.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 21-38.

Gras 2003

E. Gras, 'Goede procesorde en redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk proces', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 39-69.

Van der Grinten 1949

W.C.L. van der Grinten, 'Moraal en billijkheid als bron van verbintenis', in: F.J.F.M. Duynstee e.a. (red.), *Donum Lustrale. Die natali vicesimo quinto Universitati Catholicae Noviomagensi ab alumnis pristinis oblatum*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1949, p. 435-454.

Van der Grinten 1965

W.C.L. van der Grinten, 'Handelen te goeder trouw', in: F.F.X. Cerutti e.a. (red.), *Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis* (Hermesdorf-bundel), Deventer: Kluwer 1965, p. 155-171.

Van der Grinten 1966

W.C.L. van der Grinten, 'De goede werkgever en de goede arbeider', in: P. Borst e.a. (red.), *Hedendaags arbeidsrecht* (Levenbach-bundel), Alphen aan den Rijn: Samson 1966, p. 134-145.

Van der Grinten 1993

W.C.L. van der Grinten, 'Boekbespreking' (bespreking van: A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992), *RMThemis* 1993, p. 453-459.

Van der Grinten/Bouwens & Duk 2011

W.C.L. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Grosheide 1996

F.W. Grosheide, 'Iustum Pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid', *WPNR* (6227) 1996, p. 435-438.

Grosheide 2011

F.W. Grosheide, 'Aanpassing en uitleg van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden', *Contracteren* 2011, p. 127-129.

Haak 1997

K.F. Haak, 'Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht', in: K.F. Haak, D. Dokter & R. Zwitser (red.), *Recht in bedrijf* (SI-EUR-reeks deel 16), Deventer: Gouda Quint 1997, p. 107-120.

Haazen 2007

O.A. Haazen, 'Precedent in the Netherlands', in: E.H. Hondius (red.), *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*, Brussel: Bruylant 2007, p. 227-251.

Hallebeek 2013

J. Hallebeek, 'De *iustum pretium*-leer en het evenredigheidsbeginsel', *AA* 2013, p. 59-64.

Hartkamp 1981

A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW', *WPNR* (5559 en 5560) 1981, p. 213-217 (I) en 229-233 (II, slot).

Hartkamp 1991

A.S. Hartkamp, 'De taak van de privaatrechtelijke wetgever na de invoering van het nieuwe vermogensrecht', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 97-104.

Hartkamp 1992

A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.

Hartkamp 2001

A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad', *WPNR* (6440 en 6441) 2001, p. 311-318 (I) en 327-334 (II, slot).

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005.

Hartkamp 2010a

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht* (Monografieën BW deel A1), Deventer: Kluwer 2010.

Hartkamp 2010b

A.S. Hartkamp, 'The Effect of the EC treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law', *European Review of Private Law* 2010, p. 527-548.

Hartkamp 2011

A.S. Hartkamp, 'The General Principles of EU Law and Private Law', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (75) 2011, p. 241-259.

Hartkamp 2012

A.S. Hartkamp, 'Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992', *AA* 2012, p. 48-55.

Hartlief 1994

T. Hartlief, *Ontbinding. Over ongedaanmaking, bevrijding en rechterlijke bevoegdheden bij ontbinding wegens wanprestatie* (diss. Groningen, Serie recht en praktijk deel 76), Deventer: Kluwer 1994.

Hartlief 1999

T. Hartlief, 'Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 239-253.

Hartlief 2012

T. Hartlief, 'Ongerechtvaardigde verrijking naar Nederlands recht', in: F. Vanneste e.a., *Preadviezen 2012* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2012), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 245-302.

Hartlief & Tjittes 1999

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid* (Serie recht en praktijk deel 79), Deventer: Kluwer 1999.

Hartman Kok 2007

J.J. Hartman Kok, 'De uitleg van schriftelijke overeenkomsten: zuiver commerciële transacties (arrest Uni-invest)', *V&O* 2007, p. 162-166.

Van der Heijden 1933

E.J.J. van der Heijden, *Natuurlijke normen in het positieve recht* (diesrede Nijmegen), Nijmegen: Dekker & Van de Vegt en Van Leeuwen 1933.

Hesselink 1994

M.W. Hesselink, 'De opmars van de goede trouw in het Franse contractenrecht', *WPNR* (6154) 1994, p. 694-698.

Hesselink 1999

M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Hesselink, Du Perron & Salomons 2003

M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons, 'Inleiding', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-2.

Heyman & Bartels 2012

H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Hijma 1999

Jac. Hijma, 'Uitleg contra proferentem', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 461-474.

Hijma & Olthof 2011

Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

Hondius 2007

E.H. Hondius, 'General Report', in: E.H. Hondius (red.), *Precedent and the Law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*, Brussel: Bruylant 2007, p. 1-24.

Hoogervorst 1999

E.M. Hoogervorst, 'Openbare orde en goede zeden in artikel 3:40 BW', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 137-152.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Hoon 2010

M.W. de Hoon, 'Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn', *NJB* 2010, p. 1338-1345.

Houben 1999

I.S.J. Houben, 'Contractdwang', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 347-360.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden, Serie recht en praktijk deel 134), Deventer: Kluwer 2005.

Houweling & Loonstra 2011

A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011, p. 172-181.

Houwing 1890

J.F. Houwing, 'Oneigenlijke dwaling', *RM* 1890, p. 477-527.

Houwing 1947

Ph.A.N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht* (diesrede Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1947.

Huizink (Rechtspersonen)

J.B. Huizink, *GS rechtspersonen, commentaar op artikel 8 Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Huls 1999

N.J.H. Huls, 'Sterke argumenten om zwakke contractpartijen te beschermen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractorijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 395-403.

Jansen 2003

C.J.H. Jansen, *Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeids-overeenkomstenrecht* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Jansen 2004

C.J.H. Jansen, 'Noodweer als rechtvaardigingsgrond in het onrechtmatigedaadsrecht: naar aanleiding van D. 9,2,52,1', *RMThemis* 2004, p. 120-126.

Jansen 2005

C.J.H. Jansen, 'Het vereiste "op redelijke grond" bij zaakwaarneming', *GrOM* (XXII) 2005, p. 21-32.

Jansen 2011

C.J.H. Jansen, 'Over contractsuitleg naar Nederlands en Engels recht', *ORP* 2011-1, p. 43-48.

Jansen & Van der Lely 1998

C.J.H. Jansen & A.J. van der Lely, '(Buiten)contractuele aansprakelijkheid voor onjuiste mededelingen: een vergelijking van Engels, Duits en Nederlands recht', *TVVS* 1998, p. 42-48.

Jansen & Loonstra 2012

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *ArA* 2012-1, p. 3-21.

Jansen 2012a

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Jansen 2012b

K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten bij contractsuitleg', *ORP* 2012-7, p. 18-23.

Jansen 2013

K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013, p. 55-69.

Jansen (Onrechtmatige daad)

K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige Daad, commentaar op artikel 162 Boek 6 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Jansma 1913

K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Hoogeven: Pet 1913.

Jessurun d'Oliveira 1985

H.U. Jessurun d'Oliveira, *Krypto-IPR* (Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', reeks Internationaal Privaatrecht deel 17), Deventer: Kluwer 1985.

Jolles 1932

J. Jolles, *De kenmerken van de overeenkomst van maatschap* (diss. Leiden), Purmerend: Muusses 1932.

De Jong 2006

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW deel B33), Deventer: Kluwer 2006.

Jongbloed 2011

A.W. Jongbloed, *Executierecht* (Studiereeks Burgerlijk Procesrecht deel 5), Deventer: Kluwer 2011.

Kemp 2012

P.C.M. Kemp, 'De gevolgen van een overeenkomst met een door de wet verboden inhoud of strekking', *ORP* 2012-7, p. 24-29.

Kersten 2012

T.B.M. Kersten, 'Richtlijnconforme uitleg van de informatieverplichting bij dienstverrichting; ijdele hoop voor ongemak?', *ORP* 2012-6, p. 40-45.

Keus 2011

L.A.D. Keus, 'Het rechtszekerheidsbeginsel', *WPNR* (6901) 2011, p. 810-815.

Kisch 1955

I. Kisch, 'Het eerste zevental. Aantekeningen bij de artt. 1-7, Inleidende Titel, van het Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek', *RMThemis* 1955, p. 137-170.

Klomp 1998

R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht. Over de aard en de positie van het handelsrecht – in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht – in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Kloosterhuis 2006

H.T.M. Kloosterhuis, 'Wat het zwaarst is... Argumentatie op basis van belangenafweging', *RMThemis* 2006, p. 169-175.

Kluin 1994

R. Kluin, *Overeenkomsten tussen overheden* (diss. Nijmegen, Bestuursrecht – theorie en praktijk deel 17), Deventer: Kluwer 1994.

De Kluiver 1992

H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam VU, Serie recht en praktijk deel 65), Deventer: Kluwer 1992.

De Kluiver 2000

H.J. de Kluiver, 'Goede trouw en rechtspersonenrecht', in: J.B. Huizink, J.B. Wezeman en J. Winter (red.), *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 225-240.

Knigge & Bakker 2011

A. Knigge & P.S. Bakker, 'Grenzen aan de bancaire zorgplicht jegens derden', *Tijdschrift voor Compliance* 2011, p. 53-59.

Kobussen 1991

M.H. Kobussen, *De vrijheid van de overheid. Een vergelijking van de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke beoordelingskaders om te komen tot een beantwoording van de vraag of, en in hoeverre het privaatrecht voor de overheid remplaçant kan zijn voor het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Van Kooten 2002

H.J. van Kooten, *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende studie naar Nederlands, Duits en Engels recht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002.

Van Kooten 2011

H.J. van Kooten, 'De beginselen *nemo auditur* en *fraus omnia corrumpit* in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *WPNR* (6901) 2011, p. 828-835.

Van Kooten (Vermogensrecht)

H.J. van Kooten, *GS Vermogensrecht, commentaar op artikel 40 Boek 3 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Kortmann 2011

C.A.J.M. Kortmann, 'Boekbespreking' (bespreking van B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010), *RMThemis* 2011, p. 131-132.

Kosters 1912

J. Kosters, *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1912.

Kottenhagen 1986

R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent. Over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd rechtstelsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1986.

Lammers 1999

H.H. Lammers, 'Overeenkomst en de belangen van derden', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractorijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 219-238.

Land/Losecaat Vermeer 1915-1932

N.K.F. Land/P.A.J. Losecaat Vermeer, 'Bladz. 266-787', in: N.K.F. Land/C.W. Star Busmann & P.A.J. Losecaat Vermeer, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Vijfde deel. Boek III, titel V-XIX*, Haarlem: Erven F. Bohn 1915-1932.

Langbroek 1999

H.J.S.M. Langbroek, 'Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 413-430.

Langemeijer/Schrage 1994

G.E. Langemeijer/E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht* (Studiepockets privaatrecht deel 14), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Larenz 1991

K. F. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin: Springer 1991.

Larenz/Wolf 2004

K.F. Larenz/M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004.

Lebens-de Mug 1981

M.H.S. Lebens-de Mug, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Legemaate 1999

J. Legemaate, 'Het recht van de patiënt op informatie. Recente jurisprudentie' *Advocatenblad* 1999, p. 197-200.

Leijten 1981

J.C.M. Leijten, 'Rechtspraak en topiek', in: W. van Gerven & J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 63-120.

Lenaerts 2010

A. Lenaerts, 'The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law', *European Review of Private Law* 2010, p. 1121-1154.

Lenaerts & Gutiérrez-Fons 2010

K. Lenaerts & J.A. Gutiérrez-Fons, 'The constitutional allocation of powers and general principles of EU law', *Common Market Law Review* (47) 2010, p. 1629-1669.

Van Lennep 1895

H. van Lennep, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der aansprakelijkheid voor schade door ondergeschikten veroorzaakt* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel 1895.

Levenbach 1923

M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Paris 1923.

Van der Ley 1899

J.N. van der Ley, *Overeenkomsten, in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Versluys 1899.

Lichtenauer 1935

W.F. Lichtenauer, 'Burgerlijk en handelsrecht', in: J. Versteeg e.a., *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935, p. 337-365.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de 'zwakkere': regel en uitzondering', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 405-411.

Lindenbergh 2008

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. Tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

Loonstra & Quist 2008

C.J. Loonstra & J.P. Quist, 'Gezichtspuntencatalogi in het arbeidsrecht: de omstandigheden van het geval geïnventariseerd', *ArA* 2008-3, p. 4-30.

Loos 2012

M.B.M. Loos, 'Rechtsgevolgen van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden', *WPNR* (6940) 2012, p. 561-562.

Losecaat Vermeer 1913

P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten* (diss. Leiden), Leiden: IJdo 1913.

Machielse 1993

A.J.M. Machielse, 'Belangenafweging door de strafrechter', in: A.A. Franken & E.P.M. Joosen (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen. Belangenafweging door de rechter* (JUVAT-reeks deel 13), Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 61-81.

Maeijer 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Breda: Vermijs 1962.

Maeijer 1991

J.M.M. Maeijer, 'De goede trouw of de redelijkheid en billijkheid', *TPR* 1991, p. 5-21.

Maeijer 2000

J.M.M. Maeijer, 'Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang', in: J.B. Huizink, J.B. Wezeman en J. Winter (red.), *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 281-289.

Mahoney 2011

P.G. Mahoney, 'Contract remedies: general', in: G. de Geest (red.), *Contract Law and Economics* (Encyclopedia of Law and Economics deel 6), Cheltenham: Elgar 2011, p. 155-177.

Mak 2011

C. Mak, 'Europa en het privaatrecht. De doorwerking van fundamentele rechten in de civiele rechtspraak', *AA* 2011, p. 696-702.

McKendrick 1995

E. McKendrick, 'The Regulation of Long-term Contracts in English Law', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 305-333.

McMeel 2011

G. McMeel, *The Construction of Contracts. Interpretation, Implication, and Rectification*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Meijer 2012

R. Meijer, 'Banesto/Caldéron Camino – Unierechtelijke geboden en verboden bij toetsing aan Europees consumentenrecht', *MvV* 2012, p. 295-299.

Meijers 1921

E.M. Meijers, 'De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen', *WPNR* (2675, 2676, 2677, 2678 en 2679) 1921, p. 141-143 (I), 153-156 (II), 165-167 (III), 177-180 (IV) en 189-192 (V, slot).

Meijers 1924

E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst. Met inleiding en aantekeningen ontleend aan de gewisselde stukken, de gevoerde beraadslagingen en de rechtspraak*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924.

Meijers 1935

E.M. Meijers, 'De beteekenis der elementen "waarschijnlijkheid" en "schuld" voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *WPNR* (3442, 3443, 3444 en 3445) 1935, p. 551-555 (I), 567-571 (II) en 579-582 (III) en 1936, p. 1-6 (IV, slot).

Memelink 2009

P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Mendel 2000

M.M. Mendel, 'Welke rol spelen in het handelsrecht de redelijkheid en billijkheid – met name in hun beperkende werking – in rechtsverhoudingen tussen ondernemers en wat behoort die rol te zijn?', in: R.J.Q. Klomp e.a., *Het eigen gezicht van het handelsrecht* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2000), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 131-238.

Mendel 2003

M.M. Mendel, *Motiveren met: 'de aard van de overeenkomst' en 'de aard van de rechtsregel'?* (afscheidscollege Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Metzger 2009

A. Metzger, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht deel 89), Tübingen: Mohr Siebeck 2009.

Milo 2009

J.M. Milo, 'Uitleg in het goederenrecht: preliminaire bakens' en 'De normatieve weg naar uitleg in het goederenrecht', in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht. Eerste verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 1-8 en 89-112.

MünchKommBGB/Armbrüster 2012

C. Armbrüster, '§§ 134-138', in: F.J. Säcker (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil. §§ 1-240, ProstG, AGG*, München: Beck 2012.

MünchKommBGB/Füller 2009

J.T. Füller, '§§ 946-952', in: R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. Sachenrecht. §§ 854-1296. Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München: Beck 2009.

MünchKommBGB/Joost 2009

D. Joost, '§§ 854-872', in: R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 6. Sachenrecht. §§ 854-1296. Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz*, München: Beck 2009.

MünchKommBGB/Roth/Schubert 2012

G.H. Roth/C. Schubert, '§ 242', in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht, Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, München: Beck 2012.

NBV Studiebijbel 2008

Nederlands Bijbelgenootschap & Katholieke Bijbelstichting, *NBV Studiebijbel. De Nieuwe Bijbelvertaling met uitleg, achtergronden en illustraties*, Heerenveen: Jongbloed 2008.

Nehf 1999

J.P. Nehf, 'Bad Faith Breach of Contract in Consumer Transactions', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 115-137.

Nieskens-Isphording 1991

B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht. Een (rechtsvergelijkend) onderzoek naar een aanvullende wijze van ontstaan en tenietgaan van verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Nieuwenhuis 1988a

J.H. Nieuwenhuis, 'Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht', in: M.S. Bijleveld, P. Neleman & W.J.G. Oosterveen (red.), *Recht vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 111-119.

Nieuwenhuis 1988b

J.H. Nieuwenhuis, 'Ieder het zijne', *RMThemis* 1988, p. 73-84.

Nieuwenhuis 2005

J.H. Nieuwenhuis, 'Open normen in een open samenleving. In Nederland levende rechtsovertuigingen', *TREMA* 2005, p. 262-265.

Nieuwenhuis 2007

J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Oven 1932

J.C. van Oven, 'Wilsgebreken, goede trouw en oorzaak', *WPNR* (3240, 3241, 3242 en 3243) 1932, p. 33-37 (I), 45-49 (II), 57-60 (III) en 69-72 (IV, slot).

Van Oven 1961

J.C. van Oven, 'De te queri debes. (Naar aanleiding van H.R. 11.11.'60 N.J. 60.599)', *NJB* 1961, p. 1-7.

Palandt/Ellenberger 2013

J. Ellenberger, 'BGB §§ 1-240', in: O. Palandt/P. Bassenge e.a., *Bürgerliches Gesetzbuch : mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III Verordnungen sowie dem Haager Unterhaltsprotokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7)*, München: Beck 2013.

Palandt/Grüneberg 2013

C. Grüneberg, 'BGB §§ 241-432', in: O. Palandt/P. Bassenge e.a., *Bürgerliches Gesetzbuch : mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III Verordnungen sowie dem Haager Unterhaltsprotokoll, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7)*, München: Beck 2013.

Parl. Gesch. Boek 1

C.J. van Zeben (in overleg met W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1962 en C.J. van Zeben (in overleg met O.W. van Ewijk), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet boek 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 1969.

Parl. Gesch. Boek 2

C.J. van Zeben (in overleg met W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1962 en C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoeringswet boek 2. Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1977.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981 en W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (eindredactie C.J. van Zeben & J.W. du Pon), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. du Pon (met medewerking van M.M. Olthof), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981 en W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (eindredactie C.J. van Zeben & J.W. du Pon), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 7

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (eindredactie C.J. van Zeben), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Partington 2012

M. Partington, *Introduction to the English Legal System*, Oxford: Oxford University Press 2012.

PECL 2000

O. Lando & H. Beale (red.) *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.

PECL 2003

O. Lando e.a. (red.), *Principles of European Contract Law. Part III*, Den Haag: Kluwer Law International 2003.

PEL/Von Bar 2006

C. von Bar, *Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben. Int.)*, München: Sellier 2006.

PEL/Von Bar & Swann 2010

C. von Bar & S. Swann, *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, München: Sellier 2010.

Peletier 1999

M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie. Over de toepassing van discretionaire wijzigingsbevoegdheden in het contractenrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Pels Rijcken 1979

L.D. Pels Rijcken, 'Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (Scholten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979, p. 311-318.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Petit 1920

C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden), Leiden: IJdo 1920.

Pitlo 1972

A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972.

Ponsioen 2011

C.E.C.J. Ponsioen, 'De rol van het rechtszekerheidsargument in het civiele recht. Een schets aan de hand van enkele conclusies van A-G Strikwerda', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies* (Strikwerda-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 365-376.

Posner 2011

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Austin, TX: Wolters Kluwer Law & Business 2011.

Raaijmakers 2005

G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', *RMThemis* 2005, p. 124-138.

Rijken 1983

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welke waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat* (diss. Utrecht, Serie recht en praktijk deel 38), Deventer: Kluwer 1983.

Rijken 1994

G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën Nieuw BW deel A5), Deventer: Kluwer 1994.

Rinkes 2006

J.G.J. Rinkes, *Reasonable expectations of honest men. Over privaatrecht, contractenrecht en vertrouwen* (oratie OU), Zutphen: Paris 2006.

Rogmans 2007

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Monografieën BW deel A20), Deventer: Kluwer 2007.

Van Rossum 1991

M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed. Beschouwingen over inhoud en betekenis van de dwaling in het contractenrecht, toegespitst op koop van onroerend goed, in vergelijking met het Engelse recht* (diss. Utrecht, Serie recht en praktijk deel 58), Deventer: Kluwer 1991.

Van Rossum 2011a

M.M. van Rossum, *De redelijkheid en billijkheid bij commerciële contracten in het bijzonder in het kader van precontractuele onderhandelingen en uitleg* (oratie OU), Deventer: Kluwer 2011.

Van Rossum 2011b

M.M. van Rossum, 'De redelijkheid en billijkheid bij uitleg', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2011, p. 117-123.

Rutten 2003

S. Rutten, 'In Nederland levende rechtsovertuigingen', *AA* 2003, p. 525-532.

Ruygvoorn 2012

M.R. Ruygvoorn, 'De vordering tot dooronderhandelen nader belicht', *AA* 2012, p. 613-620.

Salomons 2001

A.F. Salomons, 'Verrijking, billijkheid en verdelende gerechtigheid', *WPNR* (6467) 2001, p. 993-995.

Van de Sande Bakhuijzen 1979

N.J. van de Sande Bakhuijzen, 'Kontrolle op standaardvoorwaarden', *WPNR* (5478 en 5479) 1979, p. 281-291 (I) en 297-299 (II, slot).

Van Schaick 1993

A.C. van Schaick, 'Wijzigingsbevoegdheden', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a., *Van nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 219-244.

Schelhaas 2008

H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *NTBR* 2008, p. 150-160.

Van Schilfgaarde/Winter 2009

P. van Schilfgaarde/J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.

Scholten 1909

P. Scholten, 'Uitlegging van testamenten', *WPNR* (2057, 2058, 2060 en 2061) 1909, p. 293-295 (I), 309-311 (II), 333-335 (III) en 349-351 (IV, slot).

Scholten 1980

G.J. Scholten, 'Rechtsbeginselen en rechtsregels. Scheiden Schaadt', in: G.J. Scholten, D.F. Scheltens & H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 1-14.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1988

H.C.F. Schoordijk, *Zaakwaarneming. Een onderbelichte bron van verbintenis* (rede ter gelegenheid van de opening van de Universiteit van Aruba), Deventer: Kluwer 1988.

Schoordijk & Deelen 1984

H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw* en J.E.Th. Deelen, *I.P.R. en de afgebroken onderhandelingen* (Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', reeks Handelsrecht deel 18), Deventer: Kluwer 1984.

Schrage 2007

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW deel A4), Deventer: Kluwer 2007.

Schrage 2009

E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Monografieën BW deel B53), Deventer: Kluwer 2009.

Schut 1987

G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW* (Studiepockets privaatrecht deel 15), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Schuyt 2009

P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen, Serie recht en praktijk deel 112), Deventer: Kluwer 2000.

Sieburgh 2003a

C.H. Sieburgh, 'Beschikt de burgerlijke rechter echt over onbegrensde krachten? De taak van de burgerlijke rechter bij verwerking van emoties en vergoeding van schokschade, uiteengezet aan de hand van de aansprakelijkheid van de werkgever voor door de werknemer geleden schokschade', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (Serie Onderneming en Recht deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 173-198.

Sieburgh 2003b

C.H. Sieburgh, 'Een evenwichtige werking van rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', *TPR* 2003, p. 647-683.

Sieburgh 2004

C.H. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Sieburgh 2011a

C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* (6901) 2011, p. 798-809.

Sieburgh 2011b

C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 141^e jaargang/2011-I), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

Slagter 1952

W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Juridische Boekhandel en Uitgeverij Jongbloed 1952.

Slot & Wissink 1999

P.J. Slot & M.H. Wissink, 'Contractvrijheid en Europees recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 283-298.

Smith 1998

C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm. Een methodologisch onderzoek naar de betekenis van de feiten voor de rechtsvinding en legitimatie van het rechtsoordeel* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker Publishing 1998.

Smith 2006

C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsafweging', *RMThemis* 2006, p. 141-146.

Smith 2007

C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Smits 1995

J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smits 1999

J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen* (Studiepockets privaatrecht deel 56), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Smits 2006

J.M. Smits, 'Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing', *RMThemis* 2006, p. 134-140.

Smits 2009

J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Snijders 2005

H.J. Snijders, 'Inleiding: vermogensrecht en rechtsoneenheid in verscheidenheid', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ deel 21), Deventer: Kluwer 2005, p. 1-22.

Snijders 2012

H.J. Snijders, 'Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992', *AA* 2012, p. 771-778.

Snijders 1999

W. Snijders, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht', *WPNR* (6365, 6366 en 6367) 1999, p. 558-565 (I), 583-589 (II) en 601-608 (III, slot).

Snijders 2001a

W. Snijders, 'Unjust Enrichment: the Relative Value of Statutory Provisions', in: E.J.H. Schrage (red.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, p. 145-158.

Snijders 2001b

W. Snijders, *Ongerechtaardigde verrijking en het betalingsverkeer* (Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks deel 7), Deventer: Kluwer 2001.

Snijders 2007a

W. Snijders, 'Beperkende werking, een paradox of een instrument?', *WPNR* (6693) 2007, p. 6-12.

Snijders 2007b

W. Snijders, 'Beperkende werking van redelijkheid en billijkheid: de Europese dimensie', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht* (Serie Onderneming en Recht deel 42-I), Deventer: Kluwer 2007, p. 451-464.

Spierings 2012

C. Spierings, 'Verbintenisrechtelijke aspecten van de 403-verklaring. Over eenzijdigheid, uitleg en vergeten verklaringen', *NTBR* 2012, p. 83-94.

Staudinger/Coing/Honsell 2004

H. Coing/H. Honsell, 'Einleitung zum BGB', in: H. Roth (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 1-14. Verschollenheitsgesetz. (Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2004.

Staudinger/Gutzeit 2012

M. Gutzeit, '§§ 854-872', in: K.-H. Gursky (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht. Einleitung Zum Sachenrecht; §§ 854-882. (Allgemeines Liegenschaftsrecht 1)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2012.

Staudinger/Looschelders/Olzen 2009

D. Looschelders/D. Olzen, '§ 242', in: M. Martinek (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243. (Treu und Glauben)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2009.

Staudinger/Löwisch/Caspers 2009

M. Löwisch/G. Caspers, '§§ 275-278; 285', in: M. Löwisch (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 255-304. (Leistungsstörungenrecht 1)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2009.

Staudinger/Sack/Fischinger 2011

R. Sack/P.S. Fischinger, '§ 138; Anh zu § 138: ProstG', in: N. Habermann (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil. §§ 134-138; Anh zu § 138: ProstG. (Allgemeiner Teil 4 a)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2011.

Staudinger/Wiegand 2011

W. Wiegand, '§§ 932-950', in: K.-H. Gursky (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 3. Sachenrecht. §§ 925-984; Anhang zu §§ 929 ff: Sonderformen der Übereignung. (Eigentum 2)*, Berlin: Sellier-de Gruyter 2011.

Stein 1969

P.A. Stein, 'Over de betekenis van de billijkheid voor het huidige en het toekomstige verbintenissenrecht', *RMThemis* 1969, p. 307-338.

Stein (Vermogensrecht)

P.A. Stein, *GS Vermogensrecht, commentaar op artikel 12 Boek 3 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Stein/Rueb 2011

P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Stolp 1999

M.M. Stolp, 'Grenzen aan de uitoefening van bevoegdheden in de contractuele sfeer; meten met twee maten?', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 501-515.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit* (diss. Nijmegen, Serie recht en praktijk deel 151), Deventer: Kluwer 2007.

Struycken 2000

T.H.D. Struycken, 'Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht', *NTBR* 2000, p. 91-96.

Suijling 1934

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 2^e Stuk. 1^e Gedeelte*, Haarlem: Erven F. Bohn 1934.

Van Swaaij 2011

J.H.M. van Swaaij, 'Rawagedeh: een rechtens onjuist vonnis. Absolute en objectieve verjaringstermijn – geen derogerende werking', *NJB* 2011, p. 2516-2517.

Swaenepoel 2011

E. Swaenepoel, *Toetsing van het contractuele evenwicht* (diss. Antwerpen, handelseditie), Antwerpen: Intersentia 2011.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen, Serie recht en praktijk deel 77), Deventer: Kluwer 1994.

Tjittes 2005

R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, p. 2-29.

Tjittes 2007a

R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking* (Monografieën BW deel A6b), Deventer: Kluwer 2007.

Tjittes 2007b

R.P.J.L. Tjittes, 'Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten', *WPNR* (6709) 2007, p. 417-423.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Tjittes 2012

R.P.J.L. Tjittes, 'Spoediger wijziging van commerciële duurcontracten', *Contracteren* 2012, p. 95-98.

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.

Treitel/Peel 2011

G.H. Treitel/E. Peel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 2011.

UP 2010

UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts 2010*, Rome: UNIDROIT 2010.

Valk 2012b

J.J. Valk, 'Toerekening van externe kennis: twee gezichtspunten', *WPNR* (6949) 2012, p. 765-772.

Valk 1993

W.L. Valk, *Rechtsverwerking in driefvoud* (diss. Leiden, Serie recht en praktijk deel 70), Deventer: Kluwer 1993.

Valk 1999a

W.L. Valk, 'Opzegging en de verhouding tussen art. 6:248 en 6:258 BW', *WPNR* (6382) 1999, p. 917-920.

Valk 1999b

W.L. Valk, 'Contractvrijheid en redelijkheid en billijkheid als bron van rechten en verplichtingen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 493-499.

Valk 2010

W.L. Valk, 'Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van derden', in: Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3), Deventer: Kluwer 2010, p. 324-347.

Valk 2012a

W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na *Gemeente/SNU en Stedin*', *NTBR* 2012, p. 176-181.

Verheugt 2011

J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010.

Vranken 1989

J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbin-tenissenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Vranken 1990

J.B.M. Vranken, "Nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt" (J.C. van Oven)', *NJB* 1990, p. 485-489.

Vranken 1997a

J.B.M. Vranken, 'Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht', in: J.B.M. Vranken, N. Verheij & J. de Hullu, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 3-37.

Vranken 1997b

J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht', *WPNR* (6288 en 6289) 1997, p. 715-720 (I) en 735-739 (II, slot).

De Vries 1997

G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming* (Studiepockets privaatrecht deel 32), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

De Vries 2009

G.J.P. de Vries, 'Uitleg van contracten: van subjectief naar objectief?', in: J.M. Milo & S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht. Eerste verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 9-35.

Wachter 1993

B. Wachter, 'Belangenafweging in het privaatrecht', in: A.A. Franken & E.P.M. Joosen (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen. Belangenafweging door de rechter* (JUVAT-reeks deel 13), Lelystad: Koninklijke Vermande 1993, p. 83-90.

Waddams 1995

S.M. Waddams, 'The Choice of Remedy for Breach of Contract', in: J. Beatson & D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 471-484.

Van Wassenae 2008

G.M. van Wassenae, *Schadevergoeding: personenschade* (Monografieën BW deel B37), Deventer: Kluwer 2008.

Wendt 2011

J.A.I. Wendt, 'Normatieve uitleg: de constructie van een rechtsverhouding', *Contracteren* 2011, p. 130-137.

Wessels 1994

B. Wessels, 'Algemene bepalingen inzake de overeenkomst van opdracht', in: C.C. van Dam e.a., *Opdracht en dienstverlening*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 1-35.

Weterings 2012

W.C.T. Weterings, 'De rechtseconomische benadering van het contractenrecht. Opmerkingen naar aanleiding van en bespreking van G. de Geest (ed.), *Contract Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2011', *Contracteren* 2012, p. 111-126.

Wiarda/Koopmans 1999

G.J. Wiarda/T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Wiedemann 1973

H. Wiedemann, 'Rechtssicherheit – ein absoluter Wert?', in: G. Paulus, U. Diederichsen & C.-W. Canaris (red.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München: Beck 1973, p. 199-215.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden, Serie recht en praktijk deel 128), Deventer: Kluwer 2004.

Wightman 1999

J. Wightman, 'Good Faith and Pluralism in the Law of Contract', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 41-65

Wilhelmsson 1999

T. Wilhelmsson, 'Good Faith and the Duty of Disclosure in Commercial Contracting – The Nordic Experience', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 165-187.

Willett 1999

C. Willett, 'Good Faith and Consumer Contract Terms', in: R. Brownsword, N.J. Hird & G. Howells (red.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth 1999, p. 67-89.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van het Europees recht* (diss. Leiden, Serie recht en praktijk deel 115), Deventer: Kluwer 2001.

Wissink 2011

M.H. Wissink, 'Wegcontracteren van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid', *Contracteren* 2011-Special Willem Grosheide, p. 24-26.

Wissink 2012a

M.H. Wissink, 'Vertrouwen op de tekstuele uitleg', *ORP* 2012-5, p. 26-33.

Wissink 2012b

M.H. Wissink, 'Legal certainty and the construction of contracts in Dutch law', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Foreseen and unforeseen circumstances* (BWKJ deel 27), Deventer: Kluwer 2012, p. 41-55.

Wortmann (Personen- en Familierecht)

S.F.M. Wortmann, *GS Personen- en Familierecht, commentaar op artikel 399 Boek 1 BW*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Van Zaltbommel 1993

L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Van Zeven 1960

C.J. van Zeven, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960.

Zippro 2012a

E.J. Zippro, 'Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting', *MvV* 2012, p. 101-106.

Zippro 2012b

E.J. Zippro, 'Arbitraal beding in algemene voorwaarden niet per definitie onredelijk bezwarend in business-to-consumer verhoudingen', *MvV* 2012, p. 287-294.

Zwalve 1995

W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking. Enige historische en rechtsvergelijkende opmerkingen', *NTBR* 1995, p. 157-163.

JURISPRUDENTIEREGISTER

De nummers verwijzen naar paragrafen

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

EHRM 16 december 2008, AB 2009, 286 (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*) 2.5.2

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap:

HvJ EG 15 juni 1964, nr. 6/64 (*Costa/ENEL*) 2.5.3
HvJ EG 7 februari 1973, nr. 39/72 (*Commissie/Italië*) 3.2.2
HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75 (*Defrenne*) 6.4.1.1
HvJ EG 8 oktober 1987, nr. 80/86 (*Kolpinghuis*) 2.5.3
HvJ EG 17 mei 1990, nr. C-262/88 (*Barber*) 6.4.1.1
HvJ EG 10 juli 1990, nr. C-259/87 (*Griekenland/Commissie*) 3.2.4
HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-208/90 (*Emmott*) 6.4.1.2
HvJ EG 12 mei 1998, nr. C-367/96 (*Kefalas*) 2.5
HvJ EG 23 maart 2000, nr. C-373/97 (*Diamantis*) 2.5; 7.4.1
HvJ EG 16 mei 2000, nr. C-78/98 (*Preston*) 6.4.1.2
HvJ EG 27 juni 2000, nr. C-240-244/98 (*Océano*) 2.5.3; 7.2.3
HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99 (*Courage/Crehan*) 3.2.1
HvJ EG 7 mei 2002, nr. C-478/99 (*Commissie/Zweden*) 2.5.3
HvJ EG 1 april 2004, nr. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten*) 2.5.3
HvJ EG 16 juni 2005, nr. C-105/03 (*Pupino*) 2.5.3
HvJ EG 22 november 2005, nr. C-144/04 (*Mangold*) 7.4.2
HvJ EG 4 juli 2006, nr. C-212/04 (*Adeneler*) 2.5.3
HvJ EG 26 oktober 2006, nr. C-168/05 (*Mostaza Claro*) 7.2.3
HvJ EG 17 juli 2008, nr. C-500/06 (*Dermoestética*)
HvJ EG 16 december 2008, nr. C-47/07 P (*Masdar*) 3.2.4
HvJ EG 23 april 2009, nr. C-378-380/07 (*Angelidaki*) 2.5.3
HvJ EG 6 oktober 2009, nr. C-40/08 (*Asturcom Telecomunicaciones*) 7.2.3

Hof van Justitie van de Europese Unie:

HvJ EU 19 januari 2010, nr. C-555/07 (*Küçükdeveci*) 1.4.1.1
HvJ EU 17 juni 2010, nr. C-413/08 P (*Lafarge/Europese Commissie*) 4.8; 6.4.3; 8.3.8
HvJ EU 1 juli 2010, nr. C-407/08 P (*Knauf Gips/Europese Commissie*) 6.4.3
HvJ EU 10 maart 2011, nr. C-109/09 (*Lufthansa*) 2.5.3
HvJ EU 14 juni 2012, nr. C-618/10 (*Banesto*) 6.4.3; 7.2.3

Gerecht van de Europese Unie:

Gerecht EU 17 mei 2011, nr. T-343/08 (*Arkema/Europese Commissie*) 6.4.3

Benelux Gerechtshof:

BenGH 25 september 1986, NJ 1987, 909 (*Van der Graaf/Agio*) 3.2.1; 5.3.3; 6.4.3

Hoge Raad:

HR 20 januari 1921, NJ 1921, 363 (*Zwanenberg's Slachterijen en fabrieken/Böker*) 3.2.2

HR 2 november 1922, NJ 1923, 90 (*Verwayen/Eerste Nederlandsche Automobiel Maatschappij*) 3.2.3

HR 23 februari 1923, NJ 1923, 802 (*Hofman/Triezenbergh*) 1.3.1

HR 11 januari 1924, NJ 1924, 293 (*Pollaert/Heer*) 3.3

HR 1 februari 1924, NJ 1924, 715 (*De Niet/De Niet*) 3.3

HR 14 november 1924, NJ 1925, 91 (*Bontmantel*) 3.2.2

HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777 (*K/Gouda*) 2.2

HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (*Vas Dias/Salters*) 3.2.2

HR 13 januari 1927, NJ 1927, 279 (*Gembo/Prins*) 6.3

HR 19 april 1929, NJ 1929, 1716 (*Vereenigde Javasuiker Producenten/Nederlandsche Handelmaatschappij*) 2.3.2

HR 14 juni 1929, NJ 1929, 1483 (*X/De Crediet-, Deposito- en Effectenbank*) 5.3.2

HR 20 juni 1930, NJ 1930, 1539 (*Van der Heijden/Hanzebank*) 5.3.2

HR 29 januari 1931, NJ 1931, 1317 (*Vereeniging ter Bescherming van Meisjes/Dammers*) 3.3

HR 3 mei 1934, NJ 1934, 1549 (*Van der Veen/Haarlem*) 7.3.2

HR 26 maart 1936, NJ 1936, 757 (*Sleepboot Egbertha*) 2.3.2

HR 24 februari 1938, NJ 1938, 950 (*Nyegaard/College van Kerkvoogden der Nederduitsch Hervormde Gemeente*) 2.3.3

HR 26 juni 1942, NJ 1942, 585 (*Weegewijs*) 6.2.1

HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 (*Het Nederlands Beheersinstituut/Bonda*) 3.2.3

HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 (*Zwitserse/Koppe*) 1.3.3.2; 1.3.4

HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 (*Burgman/Aviolanda*) 4.5

HR 30 november 1951, NJ 1953, 76 (*Van Stijperden/Van Olst*) 1.3.3.2; 1.3.4

HR 16 november 1956, NJ 1957, 1 (*De Vries/Van Kroon*) 2.5.3

HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (*Erba/Amsterdamse Bank*) 4.2

HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*) 1.2.2; 1.2.4; 3.2.1; 8.1

HR 19 januari 1962, NJ 1962, 151 (*Nederland/Huizen*) 6.4.2

HR 8 juni 1962, NJ 1962, 366 (*Tilkema's duim*) 5.3.2

HR 3 januari 1964, NJ 1965, 16 (*Streefland/Van der Graaf*) 3.2.3; 5.2.2

HR 12 februari 1965, NJ 1965, 139 (*Fabisch/Pintsch Bamag*) 2.5

HR 11 juni 1965, NJ 1965, 258 (*Blenzo/Hedeman*) 3.3

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*) 6.2.1; 6.2.4

HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 (*Booy/Wisman*) 3.2.1

HR 15 april 1966, NJ 1966, 302 (*Sanders/Sanders*) 3.2

HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (<i>Saladin/HBU</i>)	'Subvraag D'; 1.3.2; 1.4.1; 1.4.1.3; 1.4.2; 2.4; 3.2; 3.2.1; 4.2; 4.5; 5.2.2; 5.3.1; 5.3.2; 6.2.2; 8.3.6
HR 17 november 1967, NJ 1968, 42 (<i>Pos/Van den Bosch</i>)	3.2.3; 5.2.2; 7.3.1
HR 5 januari 1968, NJ 1968, 102 (<i>Zentveld/Assicurazioni Generali</i>)	2.3.2
HR 5 april 1968, NJ 1968, 251 (<i>Pekingeenden</i>)	1.3.4
HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (<i>Gegaste Uien</i>)	3.2.2
HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 (<i>Mensendieck/Kerstens</i>)	2.5.2
HR 3 december 1971, NJ 1972, 144 (<i>Hotel Jan Luyken</i>)	7.3.1
HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 (<i>Van der Beek/Van Dartel</i>)	1.2.4
HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (<i>De Boer/Wittenberg</i>)	5.3.1
HR 29 november 1974, NJ 1975, 211 (<i>Hensels/Seegers</i>)	6.2.1
HR 11 april 1975, NJ 1975, 373 (<i>Zopp/Stichting Algemeen Mijnwerkersfonds van de Steenkoolmijnen in Limburg</i>)	7.3.1
HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (<i>Pseudo-vogelpest</i>)	'Subvraag D'; 1.4.1; 1.4.2; 3.2; 3.2.1; 3.3; 5.3.1; 5.3.3; 6.2.2; 6.2.4; 7.3.1; 8.3.6
HR 5 november 1976, NJ 1977, 182 (<i>Flink/De Nijs</i>)	3.2.2
HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (<i>Bunde/Erckens I</i>)	1.3.3.2; 4.4; 5.3.2
HR 23 december 1976, NJ 1977, 409 (<i>Reggezuid/Amsterdam</i>)	6.4.2; 7.3.3
HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (<i>Kribbebijter</i>)	1.3.3.2
HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (<i>Gasbuis</i>)	6.2.4
HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 (<i>Ram/Matser</i>)	1.3.3.2; 7.2.1
HR 30 juni 1978, NJ 1978, 685 (<i>Het Algemeen Provinciaal Fries Ziekenfonds/De Boer</i>)	4.9
HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (<i>Securicor</i>)	3.2.2; 5.2.3
HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600 (<i>Radio Holland/ Sea-Containers Chartering</i>)	2.3.2
HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (<i>Kleuterschool Babel</i>)	3.3
HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (<i>Holland-Amerika Lijn/Van Werkhoven</i>)	1.2.3
HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227 (<i>Van Dam/Beukeboom</i>)	6.2.1
HR 16 januari 1981, NJ 1981, 312 (<i>Katwijkse boedelscheiding</i>)	5.2.2; 6.2.2
HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (<i>Haviltex</i>)	1.3.3.2; 4.2; 4.4; 4.6
HR 25 september 1981, NJ 1982, 315 (<i>Breda/Nijs</i>)	6.4.2
HR 19 februari 1982, NJ 1982, 571 (<i>Stichting Doopsgezind Gasthuis/Van der Kleij</i>)	1.2.2
HR 19 maart 1982, AB 1982, 359 (<i>Duijvestein/Monster</i>)	4.4
HR 2 april 1982, NJ 1983, 429 (<i>NCB/Kamer van Koophandel Midden-Brabant</i>)	4.2
HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (<i>Van Dijk/Bedaux</i>)	4.4
HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (<i>Plas/Valburg</i>)	4.6
HR 17 december 1982, NJ 1983, 480 (<i>Bibolini</i>)	1.3.2; 4.5
HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 (<i>Hazjani</i>)	3.2.1; 4.9; 6.2.1
HR 4 februari 1983, NJ 1984, 628 (<i>Ansink/Canjels</i>)	2.3.2; 5.3.2

HR 15 april 1983, NJ 1983, 458 (<i>Hajjout/IJmah</i>)	3.2.1; 4.9; 6.2.1
HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (<i>Gemeenteraadslid</i>)	7.3.3; 7.4.2
HR 1 juli 1983, NJ 1984, 149 (<i>Herzfeld/Groen</i>)	3.2.1
HR 30 september 1983, NJ 1984, 555.	1.4.1
HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (<i>Kluft/B. en W. Supermarkten</i>)	5.3.2
HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (<i>Shu/Lam</i>)	2.1; 2.5.3
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802 (<i>Telegraaf/A</i>)	7.3.3; 7.4.2
HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (<i>Venhorst/Inan</i>)	7.2; 7.3.2
HR 27 april 1984, NJ 1984, 679 (<i>NVB/Sipke Helder</i>)	7.4.1
HR 28 september 1984, NJ 1985, 246 (<i>Ben Dadi/Mayonna</i>)	4.9; 6.2.1
HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 (<i>Curaçao/Boyé</i>)	3.2.3
HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 (<i>Stavenuiter/Oosterbaan</i>)	7.2.1; 7.5
HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (<i>Van der Meer/Smilde</i>)	4.2; 4.3; 5.2.2; 5.3.2; 5.3.3; 6.2.4; 6.3
HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252 (<i>Nederland/Grosheide</i>)	4.3
HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (<i>Citronas</i>)	2.1; 5.2.3
HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 (<i>Je bekijkt het maar</i>)	1.3.2; 6.2.1
HR 26 september 1986, NJ 1987, 253 (<i>Nederland/Hoffman-La Roche</i>)	4.3
HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928.	2.5.2
HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (<i>Hooijen/Curatoren THB</i>)	1.4.1; 2.4; 4.2; 5.2.2; 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3; 6.2.4; 7.2.2
HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 (<i>Blaricum/Roozen</i>)	4.3
HR 20 februari 1987, NJ 1987, 483 (<i>Naarden/Vezeno</i>)	4.9
HR 6 maart 1987, NJ 1987, 809 (<i>Container Centralen/Dillewijn</i>)	3.2.3
HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 (<i>Kriek/Smit</i>)	3.4; 5.2.2
HR 8 juli 1987, NJ 1988, 232 (<i>Van Hensbergen/Albers</i>)	2.5
HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (<i>VSH/Shell</i>)	4.6
HR 15 april 1988, NJ 1988, 951 (<i>Ben Amran/Silversteyn</i>)	1.3.2; 6.2.1
HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1034 (<i>Delta Lloyd/N</i>)	3.3
HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 80 (<i>Schilperoort/De Nijs</i>)	3.2.3
HR 25 november 1988, NJ 1989, 529	3.2.4
HR 20 januari 1989, NJ 1989, 323 (<i>Dannemann Cigarrenfabrik/Verkoopcentrale van Tabaksproducten Holland</i>)	7.4.1
HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 (<i>Liskay</i>)	1.4.2; 4.2; 4.4; 7.2.1
HR 23 juni 1989, NJ 1991, 673 (<i>Gasbedrijf Centraal Nederland/Nieuwegein</i>)	3.2; 3.4; 5.3.2; 6.4.2
HR 3 november 1989, NJ 1991, 168 (<i>Prins/Sint Joseph</i>)	2.5.2; 7.3.2
HR 22 december 1989, NJ 1990, 661 (<i>Tiethoff q.q./NMB</i>)	2.5.1
HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 (<i>Sibelo/Lamet</i>)	2.3.1
HR 25 mei 1990, NJ 1990, 577 (<i>Boukes/Schuurmans</i>)	6.2.4
HR 29 juni 1990, NJ 1991, 306 (<i>Schils/Ubachs</i>)	2.5
HR 21 september 1990, NJ 1991, 799 (<i>Van der Ven/Stevens</i>)	2.3.3
HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (<i>Credit Lyonnais Bank/T I</i>)	5.3.3
HR 26 oktober 1990, NJ 1991, 22 (<i>Helder/Jonker-van der Weij</i>)	3.2.1

HR 7 december 1990, NJ 1991, 593 (<i>Onwaardige deelgenoot</i>)	2.5.1
HR 4 januari 1991, NJ 1991, 723 (<i>Gelling/Jessurun</i>)	1.3.2; 4.5
HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (<i>Nederland/Terneuzen</i>)	1.3.2; 3.2.2
HR 18 januari 1991, NJ 1992, 638 (<i>Leffers/Nederland</i>)	7.3.3
HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493 (<i>RVS/Van Scharenburg</i>)	1.2.2
HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (<i>Staalgrit</i>)	3.2.1; 4.2; 7.2.2; 7.3.1
HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (<i>Korfer/Heerlen</i>)	2.5.1
HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 (<i>Lampe/Tonnema</i>)	1.2.7
HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (<i>Vogelaar/Skil</i>)	4.6
HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 (<i>Van Gog/Nederweert</i>)	4.3
HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708 (<i>B/K Bank</i>)	3.2; 3.2.2; 6.2.1
HR 28 juni 1991, NJ 1992, 787 (<i>Verkerk/Van der Veen q.q.</i>)	6.4; 6.4.1.2; 6.4.3
HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 299 (<i>Cornelissen/Groningen</i>)	2.5.1; 4.3
HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809 (<i>Kamerman/Aro Lease</i>)	3.2.2
HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (<i>IZA/Vrerink</i>)	1.4.2; 4.2; 4.10
HR 24 april 1992, NJ 1993, 643 (<i>Van Wijngaarden/Nederland</i>)	2.3.1
HR 22 mei 1992, NJ 1993, 381 (<i>Van der Graaf/Nieuw Rotterdam Schade</i>)	4.4
HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113 (<i>Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen/Boulogne</i>)	4.3
HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (<i>Academisch Medisch Centrum/O</i>)	2.4; 2.5.3; 6.2.2
HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 287 (<i>Steendijkpolder</i>)	4.2
HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (<i>Bruinsma Tapijt/Schuitmaker</i>)	1.3.1
HR 27 november 1992, NJ 1993, 273 (<i>Volvo/Braam</i>)	3.2
HR 22 januari 1993, NJ 1993, 598 (<i>Rupako/Karsten</i>)	3.2.1; 5.3.3
HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (<i>Vredo/Veenhuis</i>)	8.4.2.2
HR 10 september 1993, NJ 1996, 3 (<i>Den Dulk/Curaçao</i>)	3.2; 3.4; 6.4.2
HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (<i>Gerritse/Hydro Agri</i>)	5.3.1; 5.3.2
HR 24 september 1993, NJ 1993, 760 (<i>Brackel/Atlantische Unie van Verzekeringen</i>)	2.3.1; 5.3.1
HR 19 november 1993, NJ 1994, 259 (<i>Willems/Rabobank</i>)	6.4.1.1
HR 10 december 1993, NJ 1994, 667 (<i>Van Ittersum/Rabobank</i>)	6.2.4
HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (<i>Matatag/De Schelde</i>)	4.2
HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (<i>Ferdi E</i>)	2.5.2; 7.3.3
HR 25 maart 1994, NJ 1995, 23 (<i>Grond- en Exploitatiemaatschappij Midden Gelderland/Lukkien Foto & Design</i>)	3.3
HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (<i>Agfa/Schoolderman</i>)	1.2.4; 2.5.1
HR 22 april 1994, NJ 1995, 560 (<i>Bouwmeester/Van Leeuwen</i>)	5.3.2
HR 20 mei 1994, NJ 1994, 574 (<i>Gasunie/Anloo</i>)	3.2.2
HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691 (<i>DE NEGENDE VAN OMA</i>)	6.3
HR 23 september 1994, NJ 1996, 627 (<i>Curatoren THB/Notaris V</i>)	4.2
HR 23 september 1994, NJ 1996, 628 (<i>Notaris M/Curatoren THB</i>)	4.2
HR 30 september 1994, NJ 1996, 196 (<i>Nederland/Shell</i>)	4.4; 6.2.4
HR 4 november 1994, NJ 1996, 485 (<i>Oerlemans/Oerlemans</i>)	3.2

HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (<i>Het Parool/Van G</i>)	7.3.3
HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (<i>Sigmacon II</i>)	6.4
HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 (<i>N/Mobius</i>)	8.4.2.2
HR 21 april 1995, NJ 1995, 437 (<i>Kakkenberg/Kakkenberg</i>)	1.3.1; 1.4.1; 1.4.2; 7.3.1
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (<i>Klaverblad/IZA</i>)	1.4.2; 4.2; 4.9; 4.10
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (<i>ZAS/SRZ</i>)	1.4.2; 4.2; 4.9; 4.10
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 (<i>Van Keulen/Trias</i>)	1.4.2; 3.2.1; 4.2; 4.9
HR 30 juni 1995, NJ 1995, 707 (<i>Royal Nederland/Van Kemenade q.q.</i>)	6.2.4
HR 15 september 1995, NJ 1996, 629 (<i>Notaris E/Curatoren THB</i>)	4.2
HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 (<i>Hilbrands/Veenhoven</i>)	6.2.2
HR 27 oktober 1995, NJ 1996, 254 (<i>Den Haan/The Box Fashion</i>)	2.5
HR 3 november 1995, NJ 1998, 380 (<i>Van B/Diaconessenarbeid</i>)	6.4.1.1
HR 29 december 1995, NJ 1996, 302 (<i>Slee/Rabobank</i>)	3.2.1; 6.2.1
HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 (<i>Kroymans/Sun Alliance</i>)	2.3.1; 5.3.1; 8.3.1
HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617.	3.2.4
HR 15 maart 1996, NJ 1996, 639 (<i>Tekon/Haaksbergen</i>)	3.2; 3.2.3
HR 22 maart 1996, NJ 1996, 668 (<i>Kromjongh/Erven van Dijk</i>)	4.2
HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (<i>Macclou/Curatoren Van Schuppen</i>)	6.4
HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (<i>De Ruijterij/MBO</i>)	3.2.2; 4.6
HR 20 september 1996, NJ 1997, 640 (<i>Verhees/Octrooibureau Zuid</i>)	6.2.1
HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (<i>ABB/Nederland</i>)	4.6
HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 594 (<i>Van Stiphout/S</i>)	4.2; 4.4
HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (<i>Rabobank/Everaars</i>)	2.1; 2.5; 4.2; 4.4; 4.8; 6.2.1; 7.2.1
HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (<i>Kolkman/Cornelisse</i>)	1.3.1
HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (<i>Ontvanger/Hamm q.q.</i>)	4.2
HR 12 september 1997, NJ 1998, 382 (<i>Confood/Zürich Verzekeringen</i>)	3.3
HR 26 september 1997, NJ 1998, 20 (<i>Teernstra/Schouwink</i>)	3.2.2
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (<i>Baijings/H</i>)	1.2.3
HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 316 (<i>Gustafsen q.q./Mosk</i>)	6.4.1.2
HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (<i>Groen/Instituut Schoevers</i>)	3.2
HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 (<i>Terminus/ZAO</i>)	1.4.2; 3.2.1; 4.2; 4.9; 7.3.3
HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 (<i>Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy</i>)	2.5.1; 6.4.2
HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (<i>MeesPierson/Ten Bos</i>)	4.2
HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 (<i>Jans/FCN</i>)	2.4; 5.3.2
HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493 (<i>Briljant Schreuders/ABP</i>)	3.2; 3.2.2; 3.4
HR 20 februari 1998, NJ 1998, 526 (<i>B/Nederland</i>)	4.3
HR 10 april 1998, NJ 1998, 666 (<i>Offringa/Vinck</i>)	2.3.2
HR 24 april 1998, NJ 1998, 621.	3.2.2
HR 29 mei 1998, NJ 1999, 98 (<i>Moijman/Netjes</i>)	6.3
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (<i>Van der Klundert/Rabobank</i>)	2.1; 2.5; 4.2; 4.4; 4.8; 5.3.2; 6.2.1; 7.2.1; 7.2.2

HR 26 juni 1998, NJ 1998, 767 (<i>Van der Lely/Taxi Hofman</i>)	3.4
HR 18 september 1998, NJ 1998, 818 (<i>KPI/Leba</i>)	4.4
HR 9 oktober 1998, NJ 1999, 581 (<i>Hartman/Bakker</i>)	2.3.2; 3.3
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 7 (<i>Finkenburgh/Van Mansum</i>)	
HR 15 januari 1999, NJ 1999, 241 (<i>ABN AMRO/Bitter</i>)	3.2.2
HR 12 februari 1999, NJ 1999, 643.	4.7; 4.9
HR 26 maart 1999, NJ 1999, 446 (<i>Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag/s Gravenhage</i>)	1.2.2
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 509 (<i>Huijers/Kuypers</i>)	2.5
HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602 (<i>VvE/CSM</i>)	3.4
HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 (<i>Latour/De Bruijn</i>)	1.3.4; 3.2; 3.4
HR 10 december 1999, NJ 2000, 9 (<i>Akin/Steenbakkers</i>)	7.4.2
HR 17 december 1999, NJ 2000, 88 (<i>Castricum/Fatels</i>)	4.3
HR 14 januari 2000, NJ 2000, 307 (<i>Meissner/Arenda</i>)	5.3.2
HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 (<i>ODS/CPS</i>)	3.2.2; 5.2.3
HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277 (<i>Kok/Schoor</i>)	7.3.1
HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (<i>Van Hese/Koninklijke Schelde Groep</i>)	
‘Subvraag D’; 1.4.1.1; 1.4.2; 3.2; 3.2.2; 4.7; 4.10; 6.2.3	
HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (<i>Rouwshof/Eternit</i>)	1.4.1.1; 3.2; 4.7
HR 28 april 2000, NJ 2000, 565 (<i>Guitoneau/Midnet Tax</i>)	3.4
HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (<i>Van Dooren q.q./ABN AMRO</i>)	6.4.4
HR 6 oktober 2000, NJ 2001, 167 (<i>ECCL Associates/Claassen q.q.</i>)	2.3.2
HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (<i>Druiff/Bouw</i>)	2.4; 2.5.3; 6.2.2
HR 8 december 2000, NJ 2001, 350 (<i>Eelder Woningbouw/Van Kammen</i>)	5.3.2
HR 15 december 2000, NJ 2001, 109 (<i>Van Ekelburg/Squamish</i>)	2.5
HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (<i>Multi Vastgoed/Nethou</i>)	7.4.1; 7.4.2
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157 (<i>Transportbedrijf Jac. Kuippers/Wijnveen Ede</i>)	3.2
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 199 (<i>Steinbusch/Van Alphen</i>)	1.3.3.2; 5.3.2
HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (<i>Vonk Montage/Van der Hoeven</i>)	1.3.1
HR 2 maart 2001, NJ 2001, 584.	1.2.4
HR 11 mei 2001, NJ 2002, 364 (<i>OZF/AZL</i>)	2.5.1
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 494 (<i>S/Gemeente N</i>)	8.4.2.2
HR 29 juni 2001, NJ 2001, 495.	8.4.2.2
HR 13 juli 2001, NJ 2001, 506.	2.3.3
HR 9 november 2001, NJ 2002, 79 (<i>Van Doesburg/Tan</i>)	3.2.1
HR 30 november 2001, JOL 2001, 709 (<i>Océ/MEGA</i>)	1.4.2
HR 14 december 2001, NJ 2002, 59 (<i>Bouwkamp/Van Dijke Semo</i>)	1.3.4
HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284 (<i>Poelstra/Betman Transport & Expeditie</i>)	1.3.4
HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (<i>Kindertaxi</i>)	4.10
HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (<i>Bramer/Hofman</i>)	1.2.3
HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (<i>De Bont/Oudenallen Betonbouw</i>)	1.3.1
HR 20 september 2002, NJ 2002, 610 (<i>ING/Muller q.q.</i>)	6.3
HR 20 september 2002, NJ 2004, 112 (<i>Cornelisse/Lokhorst</i>)	6.2.2

HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258 (<i>Pieterse/Nationale-Nederlanden</i>)	2.3.1; 5.3.1; 5.3.2
HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 503 (<i>Buter q.q./Besix</i>)	6.3
HR 25 oktober 2002, NJ 2003, 171 (<i>Verhoeven/Lammers</i>)	8.4.2.2
HR 25 oktober 2002, NJ 2004, 556 (<i>Bunink-van der Laar/Manege Nieuw Amstelland</i>)	1.4.2
HR 15 november 2002, NJ 2003, 60.	6.2.1
HR 29 november 2002, NJ 2003, 152 (<i>Zijlstra/Rabobank</i>)	6.4.1.1
HR 24 januari 2003, JOL 2003, 55 (<i>X/Motrac Landbouw</i>)	1.3.4
HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506 (<i>Vos Logistics/Heipro</i>)	2.3.1; 5.3.3
HR 13 juni 2003, NJ 2003, 519 (<i>F/Bank of Nova Scotia</i>)	6.4.1.1
HR 13 juni 2003, NJ 2004, 251 (<i>Teijssen/Marcus</i>)	5.3.2
HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (<i>Van Zuylen/Rabobank</i>)	4.4
HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 37.	8.4.2.2
HR 28 november 2003, NJ 2004, 328 (<i>Marsman/H</i>)	3.2.2
HR 12 december 2003, NJ 2004, 117.	1.3.1; 2.5.2; 7.3.1
HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (<i>Parallel Entry/KLM</i>)	1.2.4; 2.4; 2.5.1; 2.5.2
HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 (<i>DSM/Fox</i>)	1.3.3.2; 1.4.1; 2.4; 4.2; 5.3.1; 5.3.2
HR 2 april 2004, NJ 2005, 495 (<i>Arriva/Uppenkamp</i>)	5.3.2
HR 7 mei 2004, NJ 2004, 360 (<i>Muller q.q./Rabobank</i>)	6.4.1.1
HR 7 mei 2004, NJ 2005, 23 (<i>Heerde/Goudsmit</i>)	2.5.1; 6.4.2
HR 14 mei 2004, NJ 2006, 188 (<i>Witte/Alte Leipziger</i>)	2.3.1; 8.3.1
HR 18 juni 2004, NJ 2004, 399.	2.5
HR 9 juli 2004, NJ 2005, 496 (<i>Hoevers/Van Dijk</i>)	5.3.1
HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (<i>Wessanen/Nutricia</i>)	4.2; 5.3.1; 5.3.2
HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 (<i>Vleesmeesters/Alog</i>)	1.2.7; 2.4; 4.2; 4.7; 6.2.2; 6.2.3; 6.3
HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 (<i>GTI/Zürich Verzekeringen</i>)	1.3.4; 4.2
HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (<i>De Jong/Optimodal</i>)	2.5; 3.2; 4.7; 6.4.1.1
HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (<i>Diosynth/Groot-van Veen</i>)	3.2
HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 (<i>Amptill/Weggelaar</i>)	1.2.3; 4.8
HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (<i>Amstelimmio/Amsterdam</i>)	6.4.3; 7.3.3
HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 (<i>Ahold/Nederland</i>)	1.2.4
HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (<i>Amsterdam/Honnebier</i>)	1.4.2; 3.3
HR 3 juni 2005, NJ 2005, 286 (<i>Wijnand/Koblentz</i>)	3.2.1
HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (<i>CBB/JPO</i>)	3.2.2; 4.6
HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 (<i>Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees</i>)	6.2.1
HR 25 november 2005, NJ 2009, 103 (<i>Eternit/Horsting</i>)	2.3.1; 6.2.3
HR 2 december 2005, NJ 2007, 5 (<i>WE Vastgoed/Henselmans</i>)	3.2; 5.3.2
HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (<i>Fortis/Stichting Volendam</i>)	4.2
HR 23 december 2005, NJ 2010, 62 (<i>De Rooij/Van Olphen</i>)	5.3.1; 5.3.2
HR 17 februari 2006, NJ 2006, 158 (<i>Spector/Fotoshop</i>)	4.5

HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (<i>Royal & Sun Alliance/Universal Pictures</i>)	1.3.2
HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (<i>Inno/Sluis</i>)	2.5.3
HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371 (<i>Eindhoven/Allianz</i>)	3.2
HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (<i>Meyer Europe/PontMeyer</i>)	1.5.4; 1.6; 4.4; 5.3.1; 5.3.2
HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78 (<i>Van de Ven/Erven Slegers</i>)	3.2.3
HR 2 februari 2007, NJ 2008, 104 (<i>NBA Management/Stichting Meerhuysen</i>)	4.4; 4.6; 5.3.1; 5.3.2
HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (<i>Gebroeders Tuinbeheer</i>)	1.2.7; 6.3
HR 27 april 2007, NJ 2007, 262 (<i>Intrahof/Bart Smit</i>)	5.3.3; 7.3.1
HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 (<i>Derksen/Homburg</i>)	1.5.4; 4.2; 4.4
HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 (<i>ABN AMRO</i>)	2.1; 2.3.1; 4.2; 6.4.1.1; 6.4.4
HR 14 september 2007, NJ 2008, 334 (<i>Dirks/Hyatt</i>)	7.3.2
HR 21 september 2007, NJ 2009, 50 (<i>Kwekerij de Engel/Enthoven Electra</i>)	2.5.3
HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (<i>Vodafone/ETC</i>)	3.2
HR 15 februari 2008, NJ 2008, 111 (<i>Wustlich/Chromalloy Holland</i>)	3.2.1
HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 (<i>Nieuwe Steen Investments/Sami Uoti</i>)	1.3.2; 1.4.1.3; 3.2; 6.4.4
HR 11 juli 2008, NJ 2011, 185 (<i>Stoof/Mammoet</i>)	3.4
HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (<i>De Treek/Dexia</i>)	'Inleiding en vraagstelling' 1.3.1; 2.3.1; 4.2; 4.4; 4.8; 5.3.2; 6.2.1; 7.2.1; 7.2.2; 8.4.2.1
HR 5 juni 2009, NJ 2012, 183 (<i>Levob/Bolle</i>)	1.3.1; 4.2; 4.4; 4.8; 5.3.2; 6.2.1; 7.2.1; 7.2.2
HR 5 juni 2009, NJ 2012, 184 (<i>GeSp/Aegon</i>)	1.3.1; 4.2; 4.4; 4.8; 5.3.2; 6.2.1; 7.2.1; 7.2.2
HR 10 juli 2009, NJ 2010, 496 (<i>Consumentenbond/Interkeukengilde</i>)	5.3.2
HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387 (<i>Kleijnen/Reaal</i>)	4.10
HR 27 november 2009, RvdW 2009, 1403 (<i>VEB/World Online</i>)	4.2
HR 27 november 2009, NJ 2010, 493 (<i>Van der Grijp/Stam</i>)	1.4.2
HR 22 december 2009, NJ 2010, 18 (<i>Bosman/Limburgs Advies Centrum</i>)	3.3
HR 12 februari 2010, NJ 2010, 494 (<i>Rutten/Breed</i>)	1.4.2
HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (<i>ING/Bera</i>)	2.3.2; 3.3; 4.6
HR 4 juni 2010, NJ 2010, 312 (<i>Euroland/Gilde Buy-Out Fund</i>)	4.2
HR 25 juni 2010, NJ 2010, 371 (<i>Gelderland/Vitesse</i>)	3.3
HR 17 september 2010, NJ 2012, 43 (<i>Van Mierlo/OGP</i>)	4.5
HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529 (<i>De Hond/A</i>)	7.3.3; 7.4.2
HR 8 oktober 2010, NJ 2010, 546 (<i>Van Ens/ABP</i>)	5.3.2
HR 8 oktober 2010, NJ 2011, 465.	2.3.1
HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (<i>Fortis/Bourgonje</i>)	4.2; 4.4
HR 11 februari 2011, NJ 2011, 305 (<i>Ontvanger/N</i>)	4.2
HR 11 maart 2011, NJ 2012, 388 (<i>Van Zundert/Kort</i>)	3.3; 4.6
HR 8 april 2011, NJ 2011, 449 (<i>Pretium/Tros</i>)	2.3.1

HR 10 juni 2011, NJ 2012, 405 (<i>Van den Hoek/Pots</i>)	7.3.1
HR 8 juli 2011, NJ 2011, 310 (<i>Blom/'t Sleyk</i>)	3.3
HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 495 (<i>Van Hees q.q./Y</i>)	6.4.4
HR 28 oktober 2011, NJ 2012, 685 (<i>De Ronde Venen/Stedin</i>)	3.2; 5.2.1
HR 4 november 2011, NJ 2011, 514.	4.8
HR 11 november 2011, NJ 2011, 597 (<i>TNT/Wijenberg</i>)	6.4.1.1
HR 11 november 2011, NJ 2011, 598 (<i>De Rooyse Wissel/Hagens</i>)	6.4.1.1
HR 2 december 2011, NJ 2011, 574 (<i>Linthorst/Echoput</i>)	4.2
HR 2 december 2011, NJ 2012, 389.	2.3.2; 3.3; 4.6
HR 9 december 2011, <i>RvdW</i> 2011, 1541.	4.2
HR 23 december 2011, NJ 2012, 34 (<i>Erven Roosberg/Sint Eustatius</i>)	3.3
HR 20 januari 2012, NJ 2012, 59 (<i>Wierds/Visseren</i>)	4.2; 4.7; 6.2.2; 6.2.3; 6.3
HR 20 januari 2012, NJ 2012, 60 (<i>AgfaPhoto/Foto Noort</i>)	5.3.2
HR 20 januari 2012, NJ 2012, 260 (<i>Schevers/Appelhof</i>)	1.6
HR 3 februari 2012, NJ 2012, 91 (<i>Eureco/Naeije</i>)	5.3.2
HR 3 februari 2012, NJ 2012, 95 (<i>Rabobank/X</i>)	4.2; 4.4; 5.3.2; 7.2.1
HR 3 februari 2012, NJ 2012, 261 (<i>Dix q.q./ING</i>)	5.3.1; 6.4.4
HR 3 februari 2012, NJ 2012, 390 (<i>Fujitsu/Exel</i>)	1.2.3; 3.3; 4.6
HR 17 februari 2012, <i>RvdW</i> 2012, 321 (<i>Alcoa/X</i>)	1.4.2
HR 17 februari 2012, NJ 2012, 290 (<i>Savills/Pasman</i>)	1.4.2
HR 24 februari 2012, NJ 2012, 142 (<i>ROM/Vector</i>)	5.3.2
HR 13 april 2012, NJ 2012, 247 (<i>Rabobank/Erdem</i>)	1.4.2
HR 20 april 2012, NJ 2012, 263 (<i>A/Bijenkorf</i>)	4.9
HR 11 mei 2012, NJ 2012, 318 (<i>Van Vliet/Dealkent</i>)	2.5.3
HR 1 juni 2012, <i>RvdW</i> 2012, 765 (<i>Esmilo/Mediq</i>)	2.5.1; 6.2.2
HR 15 juni 2012, <i>RvdW</i> 2012, 852 (<i>X/Veldhuyzen van Zanten</i>)	1.3.4; 1.4.2; 3.3; 6.2.1; 6.2.2
HR 22 juni 2012, NJ 2012, 396 (<i>ABN AMRO/X</i>)	1.4.2; 2.5; 3.2
HR 29 juni 2012, NJ 2012, 411 (<i>Van der Vliet/Berregatte</i>)	3.2
HR 13 juli 2012, NJ 2012, 459 (<i>Van de Zuidwind/Faase</i>)	5.3.3; 7.3.1
HR 10 augustus 2012, NJ 2012, 486 (<i>Pocorni/Defam</i>)	5.3.2
HR 21 september 2012, <i>RvdW</i> 2012, 1132 (<i>Van Marrum/Wolff</i>)	1.4.2; 2.5.3; 8.4.1.3
HR 21 september 2012, <i>RvdW</i> 2012, 1133.	5.3.2
HR 21 september 2012, <i>RvdW</i> 2012, 1135 (<i>ACI ADAM/De Thuiskopie</i>)	2.5.3
HR 12 oktober 2012, NJ 2012, 589 (<i>Portier/Montessori</i>)	3.2
HR 14 december 2012, <i>RvdW</i> 2013, 37 (<i>Nationale-Nederlanden/S</i>)	1.4.2

Hof Amsterdam:

Hof Amsterdam 3 januari 1969, NJ 1970, 89 (<i>Budie/De Drie Hoefijzers</i>)	5.2.2
Hof Amsterdam 24 november 1983, NJ 1984, 794 (<i>Kunsthandel A/B</i>)	5.2.2; 7.3.1
Hof Amsterdam 6 juni 1996, NJ 1998, 653 (<i>Innovast/X</i>)	4.4
Hof Amsterdam 24 februari 2009, NJ 2010, 657 (<i>Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal</i>)	6.3; 7.3.3
Hof Amsterdam 18 augustus 2009, NJ 2011, 398 (<i>Reaal/Monarch</i>)	2.4

Hof Amsterdam 29 september 2009, NJ 2010, 658 (<i>Esthéticienne Beheer/Coöperatie Woningeigenaren Waterpark It Soal</i>)	2.5.2; 7.3.2
Hof Amsterdam 10 november 2009, NJ 2010, 466.	2.5.3
Hof Amsterdam 11 januari 2011, LJN BR6417.	3.2.2
Hof Amsterdam 19 mei 2011, JOR 2012, 22.	6.2.1
Hof Amsterdam 5 juli 2011, NJF 2011, 455.	5.3.3
Hof Amsterdam 17 april 2012, NJF 2012, 358 (<i>Bouwfonds Ontwikkeling/X</i>)	2.5.2; 5.3.1
Hof Amsterdam 26 juni 2012, NJF 2012, 464 (<i>Bakkum/Putter Project</i>)	4.4; 7.2.1
Hof Amsterdam 17 juli 2012, NJF 2012, 402 (<i>Intergamma/Coface Finanz</i>)	4.2; 4.4
Hof Amsterdam 2 oktober 2012, NJF 2012, 489 (<i>X/Stichtse Vecht</i>)	3.2.2

Hof Arnhem:

Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267 (<i>Rabobank/Aarding</i>)	3.2; 4.2; 6.4; 7.4.1; 7.4.2; 8.4.2.1
Hof Arnhem 12 oktober 2010, LJN BO7892 (<i>Cogas/X</i>)	2.5.3
Hof Arnhem 26 juli 2011, JAR 2011, 241 (<i>X/Ploeg Ede</i>)	2.5.3
Hof Arnhem 14 februari 2012, JOR 2012, 138 (<i>MyPoint/IPG</i>)	4.2; 5.3.2
Hof Arnhem 28 augustus 2012, NJF 2012, 446 (<i>X/Goed Vast Goed</i>)	4.2; 4.4

Hof 's-Gravenhage:

Hof 's-Gravenhage 15 maart 1910, W 8984, 2 (<i>Boigelot/Adriette Francina</i>)	2.3.1
Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249 (<i>Kelly</i>)	2.3.1
Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, JOR 2011, 237 (<i>Ruijgrok/Rabobank</i>)	3.2; 4.2; 7.4.1; 7.4.2
Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, NJF 2013, 66 (<i>Allianz/X</i>)	1.4.1.1

Hof 's-Hertogenbosch:

Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 1901, W 7555, 2.	2.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 9 juni 1970, NJ 1971, 135 (<i>Van Steenberghe/Coolen</i>)	2.3.1
Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 1983, NJ 1984, 809 (<i>Vorstermans/Stevens</i>)	3.2.3
Hof 's-Hertogenbosch 22 december 1993, NJ 1994, 668 (<i>Credit Lyonnais Bank/Van Tuyl</i>)	4.2; 4.4
Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2002, LJN BA7248 (<i>X/Sicamus</i>)	2.5.3
Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, NJ 2012, 17 (<i>Wijts/Liermann</i>)	6.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011, 254 (<i>Rours/Rabobank</i>)	3.2; 4.2

Hof Leeuwarden:

Hof Leeuwarden 3 september 2003, NJF 2004, 62 (<i>K/Friesland Bank</i>)	4.2; 5.2.2
Hof Leeuwarden 29 maart 2006, JA 2006, 86 (<i>Essent/Onderlinge Brandwaarborgmaatschappij Speciaal voor Molenaars</i>)	4.10
Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RAR 2011, 7 (<i>Nivo Noord/X</i>)	1.4.1.3; 4.7; 4.9
Hof Leeuwarden 7 juni 2011, JOR 2011, 259 (<i>A/ABN AMRO</i>)	2.1; 4.2; 4.4; 4.8

Hof Leeuwarden 28 februari 2012, <i>NJF</i> 2012, 154.	3.2.1
Hof Leeuwarden 8 januari 2013, <i>LJN</i> BY8106 (<i>X/Farmex</i>)	1.2.3; 4.2; 5.3.3; 6.2.2
<i>Rechtbank Alkmaar:</i>	
Rb. Alkmaar 4 mei 1994, <i>NJ</i> 1995, 281.	2.3.1
<i>Rechtbank Almelo:</i>	
Rb. Almelo 14 april 1926, <i>NJ</i> 1927, 24 (<i>Van Eysselsteijn's Rijwielinindustrie/De Leeuwe</i>)	1.3.1
<i>Rechtbank Amsterdam:</i>	
Rb. Amsterdam 17 april 1925, <i>NJ</i> 1925, 861 (<i>Papadopoulos/Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij</i>)	2.3.1
Rb. Amsterdam 9 juni 1999, <i>JOR</i> 1999, 195 (<i>Van Lanschot/Smulders</i>)	5.3.3
Rb. Amsterdam 3 juni 2009, <i>LJN</i> BK0976 (<i>Vinmar/Andelini</i>)	2.5.3
Rb. Amsterdam 2 maart 2011, <i>JOR</i> 2012, 19 (<i>ING/A</i>)	5.2.2
Rb. Amsterdam 18 mei 2011, <i>JOR</i> 2011, 320 (<i>Stichting FortisEffect/Nederland</i>)	1.3.2; 3.2; 4.8
Rb. Amsterdam 18 mei 2011, <i>JOR</i> 2011, 321 (<i>VEB/Nederland</i>)	5.3.1
<i>Rechtbank Assen:</i>	
Rb. Assen 23 juni 1998, <i>NJ</i> 1998, 791 (<i>Luten/Schiphorst</i>)	2.3.1
<i>Rechtbank 's-Gravenhage:</i>	
Rb. 's-Gravenhage 21 juni 1927, <i>W</i> 11804, 7 (<i>Wassenaar/Timmers</i>)	3.2
Rb. 's-Gravenhage 6 april 2011, <i>NJF</i> 2011, 212.	4.4
Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, <i>NJ</i> 2012, 578 (<i>Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland</i>)	1.4.1.1; 2.4; 2.5; 3.2; 3.2.1; 3.2.2; 4.7; 4.10; 8.2.1
Rb. 's-Gravenhage 5 december 2012, <i>NJF</i> 2013, 37 (<i>Centrale Zorgverzekeraars Groep/Manege Pretfort</i>)	4.9
<i>Rechtbank Groningen:</i>	
Rb. Groningen 14 november 1946, <i>NJ</i> 1947, 491.	7.3.3
<i>Rechtbank Haarlem:</i>	
Rb. Haarlem 4 mei 1982, <i>NJ</i> 1983, 396 (<i>Stalen Steiger Holland/Steen</i>)	2.3.1
Rb. Haarlem 4 oktober 2006, <i>JOR</i> 2007, 55 (<i>Frans q.q./Rotaslit</i>)	2.4
Rb. Haarlem 16 juli 2008, <i>LJN</i> BE9325 (<i>Prodema/Pontmeyer</i>)	2.5.3
<i>Rechtbank 's-Hertogenbosch:</i>	
Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2012, <i>LJN</i> BW0028 (<i>Scheuten/Cetema</i>)	2.3.1; 2.5.3

Rechtbank Leeuwarden:

- Rb. Leeuwarden 1 juni 2011, *JOR* 2011, 220 (*Faber/Swisch*) 2.4
 Rb. Leeuwarden 3 augustus 2011, *LJN* BR4256 (*Keuning/X*) 2.5.2; 2.5.3

Rechtbank Maastricht:

- Rb. Maastricht 20 januari 1921, *NJ* 1921, 1084 (*Gillissen/Gillissen*) 2.3.1

Rechtbank Middelburg:

- Rb. Middelburg (vzr.) 20 oktober 2009, *JOR* 2010, 279
 (*Goese Metaalhandel/Rabobank*) 4.2; 7.4.1; 7.4.2
 Rb. Middelburg (vzr.) 16 augustus 2011, *LJN* BU9796
 (*United Trust & Trade/Rabobank*) 4.2; 7.3.1; 7.4.1; 7.4.2
 Rb. Middelburg 19 december 2011, *LJN* BV9326. 5.2.2
 Rb. Middelburg 25 april 2012, *LJN* BY0234 (*Enza/Agro Care*) 3.4; 5.2.1

Rechtbank Rotterdam:

- Rb. Rotterdam 13 juli 2011, *JOR* 2011, 335
 (*Stichting belangenbehartiging gedupeerde beleggers van den Berg/ABN AMRO*) 4.2
 Rb. Rotterdam 28 december 2011, *JOR* 2012, 332
 (*Butterman q.q./Fortis*) 4.2; 4.8
 Rb. Rotterdam 29 augustus 2012, *LJN* BX6646 (*Lloyds/Heritage*) 2.5.3
 Rb. Rotterdam (vzr.) 1 oktober 2012, *NJF* 2012, 495. 3.4; 5.2.1; 7.3.1

Rechtbank Utrecht:

- Rb. Utrecht 23 februari 2005, *JOR* 2005, 125 (*Neomet/Van Lanschot*) 2.1
 Rb. Utrecht 21 januari 2009, *NJF* 2009, 147 (*Falara/ABC Beheer*) 3.3
 Rb. Utrecht 3 augustus 2011, *JOR* 2011, 380 (*Peters/Rabobank*) 4.2
 Rb. Utrecht 11 april 2012, *JOR* 2012, 189 (*Stichting Gedupeerden Overwaardeconstructie W&P/SNS*) 4.2

Rechtbank Zutphen:

- Rb. Zutphen 11 februari 2009, *RVR* 2009, 58 (*Westra/Klaasse*) 5.3.3

Rechtbank Zwolle:

- Rb. Zwolle 28 augustus 1996, *NJ* 1997, 537
 (*Erbilici/Van der Sluis Verenigde Tabaks- en Sigarenfabrieken*) 2.2
 Rb. Zwolle (vzr.) 31 juli 2012, *LJN* BX3142. 5.2.3; 8.3.2

Kantonrechter Amsterdam:

- Ktr. Amsterdam 4 december 1917, *NJ* 1917, 1239. 3.2
 Ktr. Amsterdam 20 juni 2012, *NJF* 2012, 449 (*Spritecloud/Backbase*) 3.3

Kantonrechter Haarlem:

Ktr. Haarlem 30 september 1949, NJ 1950, 854 (*Mij/Mandemaker*) 3.3; 6.2.1

Kantonrechter Utrecht:

Ktr. Utrecht 12 september 2012, NJF 2012, 463. 2.5.3

House of Lords:

House of Lords 26 juli 1966, *Practice Statement*
(*Judicial Precedent*), [1966] 1 W.L.R. 1234. 2.6

House of Lords 23 januari 1992, *Walford v Miles*,
[1992] 2 W.L.R. 174. 5.2.3

House of Lords 30 juli 2009, *Fisher v Brooker*, [2009] UKHL 41. 3.2.4

Court of Appeal:

Court of Appeal 30 juni 1976, *Shell (UK)*
Ltd v Lostock Garage Ltd, [1976] 1 W.L.R. 1187. 3.2.1

Chancery Division:

Chancery Division 30 november 1976,
Tito v Waddell (No. 2), [1977], Ch. 106. 6.2.1; 7.4.1

Court of Queen's Bench:

Court of Queen's Bench 24 maart 1859,
New Brunswick Co v Muggeridge, (1859) 4 Drewry 686 6.2.1

Circuit Court of Appeals, Second Circuit:

Circuit Court of Appeals, Second Circuit 9 januari 1947,
United States v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169. 6.2.1

Court of Appeals of New York:

Court of Appeals of New York 8 oktober 1889,
Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506. 1.4.1.1; 2.5.1

Supreme Court of New Jersey:

Supreme Court of New Jersey 9 mei 1960,
Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358. 2.5.1

TREFWOORDENREGISTER

De nummers verwijzen naar paragrafen. De dikgedrukte nummers verwijzen naar de paragrafen waarin het trefwoord het uitgebreidst aan de orde komt. Het trefwoordenregister bevat geen verwijzingen naar de verschillende factoren

A

Aansprakelijkheid	
– Europese Unie	2.5.1
– uitbreiding	1.3.1
Aard	
– aansprakelijkheid	5.3.3; 8.4.1.3
– beding	5.3.3
– belang/schade	6.2.2; 6.4.2; 8.3.5
– norm/rechtsregel	2.1; 2.5
– overeenkomst	1.4.1.1; 1.5.4; 2.3.2; 5.3.2 ; 5.4; 6.2.1; 8.4.1.2; 8.4.1.3; 8.4.2.2
– prestatie	2.5; 5.3.3
– recht	2.5
– rechtsbetrekking	5.3.2; 5.4; 8.3.5
– rechtshandeling	5.3.2
– tekortkoming	1.2.4
Accountant	4.2; 5.3.3
Advocaat	4.2; 5.2.2
Advocaat-Generaal	2.3.1
Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	1.2.7; 2.5; 2.5.1; 4.3 ; 6.4.1.2
Algemene vergadering van aandeelhouders	2.3.1; 4.5; 6.4.1.1; 6.4.4
Algemene voorwaarden	
– uitleg	2.3.1; 5.3.3
– vernietiging	1.2.3; 2.5; 4.4; 4.7; 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3; 6.2.4; 7.3.1
Alimentatie/levensonderhoud	
– omvang	7.2.4; zie ook onder ‘Matiging’
– wijziging	3.4; 4.8
Appartementsrecht	6.4.2; 7.3.3

Arbeidsovereenkomst- beloning	2.5.1
– goed werknemer	1.2.4; 3.4
– ontslag	2.2; 4.7; 4.9; 6.2.1; 6.4; 7.3.2
– verantwoordelijkheid voor de werknemer	3.3; 6.2.1
– verhouding werknemer en werkgever	5.2.1; 7.2.3
B	
Bank	2.5; 4.2 ; 4.5; 4.8; 5.2.2
Bedreiging	3.2.3; 3.3; 5.3.1
Bedrijfstak	2.3.1; 2.3.2 ; 3.2.2; 8.3.4
Bedrog	1.2.5; 2.5.1; 3.2.1; 3.2.3; 3.3; 5.3.1
Beknelde tussenschakel	2.5; 4.7; 5.3.3
Belastingrecht	2.3.2; 2.5
Bestuursrecht/ administratief recht	2.5 ; 2.5.1
Betalingsverplichting	3.2
Bewaarneming	1.2.3; 1.3.1
Bezit	2.3.2
– inbezitneming	3.2
Billijkheidscorrectie	1.2.3; 3.2.1 ; 4.2; 4.9; 4.10; 7.3.3
<i>Bonne foi</i>	4.4; 5.2.2
Borgtocht	5.3.2
<i>Buona fede</i>	2.5.2
C	
Causaal verband	6.2.4
Concurrentie	5.2.3
– beding	6.4
Consument/particulier	1.4.1.2; 1.4.1.3; 1.4.2; 2.2; 3.2.2; 4.2 ; 4.4; 4.7; 4.8; 6.4.1.2; 6.4.4; 7.2.3; 7.3.1
– consumentenovereenkomst	5.3.2
– consumentenkoop	1.5.2; 7.2.1
– <i>consumer</i>	4.2 ; 7.2.1
Conversie	1.2.4; 2.5
<i>Corporate Governance Code</i>	2.3.1
Curatele	3.3; 4.9; 7.2.2
Curator	4.2; 6.4
D	
Deskundige begeleiding/bijstand	1.4.2; 4.4
Doel/bedoeling/strekking/reden	
– aantasting fundamentele vrijheid	7.4.2
– beding	4.5; 4.6; 5.3.3

– dwangsom	5.3.3; 6.4.3
– norm/rechtsregel	‘Subvraag B’; ‘Subvraag C’; 2.1; 2.5 ; 2.5.1; 2.5.3; 5.2.3; 6.4.1.1; 6.4.3; 8.4.1.1
– overeenkomst	2.5.3; 3.4; 5.3.2 ; 6.3
– partij(en)	2.5.1; 3.2.1; 3.2 ; 3.2.3; 5.2.3; 5.3.1
– prestatie	5.3.3
– rechtsbetrekking	5.3.2
– rechtshandeling	5.3.2
Duisenberg-regeling	2.3.1
Dwaling	1.2.4 ; 2.3.2; 3.2.1; 3.2.3; 4.4; 4.5; 5.2.2; 5.2.3; 6.2.1; 7.2.3; 7.3.1; 8.3.3; zie ook onder ‘Mededelings-/informatieplicht’
Dwingend recht	1.3.2; 2.5 ; 4.1
E	
Effectiviteitsbeginsel	2.5.3
Erfdienstbaarheid	5.3.2; 5.3.3
Erfgenaam	1.4.1.1; 5.3.1; 6.4.3
Erfpacht	1.2.2
Erfrecht	1.2.2
Europese Unie	‘Subvraag C’; 2.5; 2.5.1; 2.5.2; 2.5.3 ; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.4; 4.2; 4.3; 4.8; 5.3.1; 6.4.1.1; 6.4.1.2; 6.4.3; 6.4.4; 7.2.1; 7.3.1; 7.4.1; 7.4.2; 8.3.4
Exoneratie	1.6; 2.3.2; 2.4; 3.4; 4.4; 4.5; 4.7; 5.2.2; 5.3.2; 5.3.3; 5.4; 6.4.1.1; 6.4.1.2; 7.3.1; 8.3.8; 8.4.1.3
– doorwerking	3.2.2; 3.3; 5.2.3
F	
Factor	‘Inleiding en vraagstelling’; 1.5.1
– catalogus	‘Subvraag D’; 1.4.2 ; 2.4; 2.5; 8.4.2.1
Faillissement	zie ook onder ‘Curator’
– aanvragen	6.2.1
– gevolgen	5.3.2; 6.2.4
– recht/wet	2.5.1; 4.8 ; 6.4.1.2
– voorkomen van	1.6; 4.8 ; 6.2.1; 7.2.4
Fatale termijn	6.4.1.2
Financiële zekerheidsovereenkomsten	4.3

Fundamenteel	
– belang/recht/waarde/vrijheid	1.6; 2.5.2; 3.2; 6.2.2 ; 6.3; 6.4; 7.3.2; 7.3.3; 7.4.2
– rechtsbeginsel	2.5.1
G	
Gedragstnorm	2.3.2 ; 5.2.2
Gemeenschap	1.2.2; 2.5.1; 3.2.4; 3.3; 5.2.2; 7.3.1
Gemeenschappelijke overtuiging	2.3.1; 8.3.4
Gemeenschappelijke traditie	2.5.2
Gerechtigd vertrouwen	1.2.3; 1.3.2; 1.3.3.1; 2.3.2; 2.5.3; 3.2; 3.2.1; 3.2.2 ; 4.3; 4.6; 4.9; 5.2.2; 5.3.1; 5.3.2; 6.2.1; 7.2.4
Gewoonte	1.2.7; 2.3.3 ; 4.1
Girale betaling	1.2.4; 1.2.5 ; 2.3.3
Goede procesorde	1.2.7
Goede trouw	
– objectief	1.2.5; 1.2.7; 5.2.1
– subjectief	1.2.7; 4.5; 4.6
Goede zeden	1.2.7; 2.2 ; 2.3.1; 2.5.1; 2.5.2; 2.5.3; 4.5; 5.3.2; 6.2.1; 6.2.2; 6.3; 6.4.4
Goederenrecht	2.5
<i>Good faith</i>	6.4.1.1 ; 6.4.3; 6.4.4
<i>Good faith and fair dealing</i>	3.2.1; 3.2.2; 4.2; 6.2.1
<i>Guten Sitten</i>	2.5.3; 5.3.3
H	
Handelingsonbekwaam	4.9
Hoofdelijkheid	5.3.3; 6.2.3; 8.1
Hulpmiddel	2.3.2
Huurovereenkomst	
– bedrijfsruimte	4.2 ; 7.3.1
– ontbinding	1.6; 3.2.1
– opzegging	7.3.1
– vordering tot beëindiging	6.2.1; 7.3.3
Huwelijk	
– <i>Gütertrennung</i>	3.2.4
– Huwelijksvermogensrecht	1.2.2; 2.5
– Toestemming echtgenoot	6.4.1.1

I

Immateriële schade	2.2; 2.4; 2.5.3; 4.10; 6.2.2
Ingebrekestelling	3.2.2; 6.2.1
Internationaal privaatrecht	6.4.1.2

J

Journalistiek	2.3.1
---------------	-------

K

Kindermishandeling	5.2.1
Koopovereenkomst	2.3.2; 2.5.3; 3.2.1; 5.2.2; 5.3.2 ; 7.2.1; 7.3.1; zie ook onder 'consumentenkoop'
– vervanging afgeleverde zaak	7.4.1; 7.4.2
Kredietovereenkomst	7.2.1
Kwalitatieve rechten en plichten	5.3.3
Maatschap	5.2.3
Matiging	
– contractuele boete	1.2.3; 5.3.3; 7.2.3; 7.3.1; 7.4.1
– levensonderhoud	8.4.1.3
– schadevergoeding	1.2.4; 1.2.7; 1.3.2; 2.5; 4.2; 4.8 ; 4.9; 5.3.2; 5.3.3; 6.2.1; 6.2.3; 7.2.3; 7.2.4; 7.3.1; 7.3.3; 7.4.1

M

Mededelings-/informatieplicht	1.3.1; 4.2; 4.3; 4.6; 5.2.1; 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3; 6.2.2; 6.2.4; 6.4.3; 6.4.4; 7.2.1; 7.2.2; zie ook onder 'Dwaling'
Medewerkingsplicht	1.3.1; 2.5.2; 5.2.3
Misbruik van machtspositie	4.7
Misbruik van omstandigheden	3.2.1; 3.2.3; 3.3; 4.4; 4.6; 4.7; 4.9; 5.2.1; 5.3.1; 7.2.2; 7.2.3; 7.3.1
Misbruik van recht	1.2.7; 1.5.3; 2.5; 6.2.1; 7.4.1
– misbruik van buitenlandse rechtsregel	2.5.3
Monopolie	4.2; 4.3; 4.7 ; 5.2.1
Motivering	'Subvraag D'; 1.4.1.1; 2.5; 6.4.1.1; 8.4.1.2; 8.4.1.3; 8.4.2.1; 8.4.2.2

N

Nakoming, beperking vordering	1.5.3; 3.4; 6.2.1; 6.4.2; 7.4.1; 7.4.2
– beperking <i>specific performance</i>	3.2.1; 3.2.2; 6.2.1; 6.3; 6.4.4

Natrekking	2.3.2
Natuurlijke verbintenis	2.2; 2.3.1; 3.2
Natuurrecht	2.2; 2.5
Nietigheid, beperking gevolgen	1.3.2; 2.5.1; 3.2; 3.2.2; 4.2; 4.8; 5.2.1; 6.4; 6.4.1.2; 6.4.3; 6.4.4
O	
Objectivering	1.3.3.1; 4.4; 4.5; 4.6; 4.11 ; 6.2.4
Omkoping	3.2.3
Onderhandelingen	1.2.2; 2.3.1; 5.2.2; 5.2.3; 5.3.1 ; 6.4.4; 7.3.1
– afbreken	3.2; 3.2.2; 3.2.4; 4.6
– positie	4.2; 4.7 ; 5.3.1; 7.1; 7.2.3
Onderzoeksplicht	zie onder ‘Mededelings-/ informatieplicht’
Ongerechtvaardigde verrijking	3.2.4 ; 5.3.3; 7.3.1
Onrechtmatige daad	1.6; 2.5.2; 3.2; 4.10; 5.3.2; 6.2.4; 7.3.1; 7.4.2
– maatschappelijke betamelijkheid	1.2.7; 2.3.1; 2.3.3; 2.4; 2.5; 2.5.3; 3.2.1; 3.2.3; 4.2; 4.4; 4.7; 5.2.2; 5.3.3; 6.2.1; 6.2.3
– rechtvaardiging	6.3; 6.4; 7.3.2; 7.3.3; 7.4.2
– relativiteit	2.3.1; 2.5
– risicoaansprakelijkheid	3.2.4; 3.3; 4.7; 5.3.3
– toerekening/aansprakelijkheid	4.3; 4.4; 4.8; 4.9; 6.2.3; 7.2.4
– verbod onrechtmatige gedraging	6.4.2; 7.3.3
Ontbinding	1.2.4; 1.3.2; 5.3.2; 5.3.3; 7.4.1; 7.4.2; zie ook onder ‘Huurovereenkomst’
Onteigening	2.5.1; 6.4
Onverschuldigde betaling	1.2.7; 3.2.4 ; 5.3.3; 7.3.1
Onvoorziene omstandigheden	1.2.3; 2.3.2; 2.5; 3.4 ; 6.4.2; 7.3.1; 8.3.7
Opdracht	1.2.4; 4.2; 4.3; 4.4
Open norm	‘Inleiding en vraagstelling’ ; 1.2.4; 1.2.5; 1.2.7 ; 2.4; 2.5; 2.5.3; 2.6; 6.4.1.1; 6.4.3; 8.6
Openbare orde	1.2.7; 2.5.1 ; 2.5.2; 5.3.2; 6.2.2
Opschorting	1.2.4; 4.5; 5.3.2; 7.4.1
Opzegging	1.2.3; 1.3.1; 1.6; 3.2; 3.4; 5.2.1; 5.2.2; 5.2.3; 6.2.1; 6.4; 7.3.1; 7.4.1; 7.4.2
Overeenkomst van scheiding en deling	6.2.2

P

Partijautonomie	1.3.4; 2.5.1 ; 2.5.2; 3.3; 7.3.1; 7.3.3
Pauliana	3.2.3; 6.4.1.2
Personen- en familierecht	2.5
Precedent	2.4 ; 2.6
Professionele partij	zie onder 'Consument/ particulier'
– <i>business</i>	4.2 ; 7.2.1
Proportionaliteit	1.6; 7.4.1 ; 7.4.2; 7.5
Publiekrechtelijke	
– bevoegdheden/monopolie/sancties	4.3; 4.7; 5.2.1; 6.4; 6.4.2
– overeenkomst	4.3; 5.3.2
– normen/regels	4.1; 6.4.1.2; 6.4.2

R

Rechtspersonen	4.3; 5.2.2
– recht	1.2.2; 1.3.1
Rechtsverwerking	'Inleiding en vraagstelling'; 2.5; 3.2; 3.2.2 ; 3.2.3; 6.2.2
– <i>estoppel</i>	6.4.2
– <i>laches</i>	3.2.4
Rechtswetenschap/doctrine/literatuur	' Inleiding en vraagstelling '; 1.2.5; 1.4.1.4 ; 2.3.1; 2.4; 5.2.3; 5.3.1; 5.3.2; 6.4; 6.4.3; 8.4.1
Religie	2.2 ; 2.3.1; 8.3.4
– bijbel/christelijk	2.2 ; 4.1
– islam	'Inleiding en vraagstelling'; 2.2

S

Samenhang/verbondenheid/ voortbouwen	
– bedingen	2.5; 5.3.2; 5.3.3
– goederenrechtelijke rechten	5.3.2
– overeenkomsten	2.4; 3.2.2; 5.3.2
– verbintenissen	1.2.4
– rechtsverhouding	5.3.2
Schadevergoeding	
– omvang	3.2.1; 4.10; 6.2.4
– omzetting in	7.4.1
Strafrecht	3.2.1; 7.3.3; 7.4.1; 7.4.2
– mishandeling	6.4.3
Subsidiariteit	1.6; 7.4.2 ; 7.5; 8.3.8

T

Taal overeenkomst	5.3.1
Terugwerkende kracht	4.8; 6.4.1.1
Transactiekosten	6.4.4
<i>Treu und Glauben</i>	2.3.1; 2.4; 2.5; 2.5.1; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3; 4.2; 4.7; 5.2.1; 5.2.2; 6.2.1; 6.3; 6.4

U

Uitleg	
– algemeen	1.3.3 ; 1.3.4; 1.6
– beding	1.4.2; 2.3.1; 5.3.1; 5.3.2
– overeenkomst	‘Subvraag A’; 1.3.3.2 ; 1.5.4; 2.3.1; 2.3.2; 2.3.3; 2.4; 2.5; 2.5.3; 3.2; 3.2.2; 4.2; 4.3; 4.4; 4.6; 5.2.3; 5.3.1; 5.3.2; 5.3.3; 6.3; 7.2.1
– rechtshandeling	1.2.3; 1.3.3.1 ; 1.3.3.2; 4.4; 5.3.2; 6.2.1
– taalkundig/objectief	1.3.3.2; 1.3.4; 1.5.4; 1.6; 4.2; 5.3.1 ; 7.2.1
– wet of recht	2.5.1; 2.5.3; 4.2; 6.4.1.1; 6.4.4
Uitlokking wanprestatie	3.2.3; 7.3.1
Uitvoering	
– overeenkomst	3.2; 4.7; 5.2.3 ; 6.2.3; 6.3; 7.2.4; 8.3.8
– overheidstaak	5.3.2
– prestatie	5.3.3

V

Vennootschap	2.3.1; 3.3
– bestuurder	4.2; 4.5
– commanditair	5.2.3
– onder firma	5.2.3
– overwegende zeggenschap	4.7
– verboden handeling	6.4.1.1
Verbijzonderingen	‘Subvraag A’; 2.5; 2.5.3; 3.2; 8.4.1.3
Verjaring rechtsvordering	1.4.1.1 ; 2.5; 3.2; 3.2.1; 3.2.2; 4.7; 4.10; 6.2.2; 6.2.3; 6.4.1.1
Verkeersopvattingen	1.2.7; 2.3.2 ; 2.6; 4.1; 4.3; 5.3.2
Vernietiging	
– beperking mogelijkheden tot	3.3; 6.2.1; 6.2.3
– buitengerechtelijke	3.2
– van een oordeel van een rechter	8.4.2.2

Verplichting tot nalaten	1.3.1
Verzekering	
– mogelijkheden tot	2.3.2; 4.7 ; 6.2.3
– overeenkomst	5.3.2 ; 6.2.1
– Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf	2.3.1
– verplichting tot	6.4.1.1; 7.2.3
– verzekeraar	4.2; 4.10
– voorwaarden	1.4.2
Verzuim	1.6; zie ook onder 'Ingebrekestelling'
– schuldeiser	5.2.3
Volmacht	1.3.1; 2.3.2; 3.3 ; 4.6
Voorwaarde, vervulling	3.2.3
Vormvoorschrift/-vereiste	2.5.1; 3.2.3; 4.2
 W	
Warenwet	6.2.2
 Z	
Zaakwaarneming	3.2.4 ; 4.2; 5.3.2
Zelfstandige zonder personeel	4.2
Zorgplicht	'Inleiding en vraagstelling'; 'Subvraag A'; 1.3.1; 2.1; 2.5; 4.2; 4.4; 4.8; 5.2.1; 5.2.2; 5.3.2; 6.2.1; 6.4.4; 7.2.1; 7.2.2;

CURRICULUM VITAE

Pieter Theo Jozef Wolters werd op 10 augustus 1987 geboren in Helmond. Hij behaalde in 2005 zijn VWO diploma aan het Dr.-Knippenbergcollege. Hij studeerde rechten aan de Radboud Universiteit Nijmegen en de University of North Carolina at Chapel Hill. In 2010 voltooide hij de Onderzoeksmaster Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen met het *judicium cum laude*. Hij werkt sinds 2011 als docent bij de vaksectie Rechtsgeschiedenis van dezelfde universiteit.

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes (*red.*), Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.
1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmond, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J. P. van den Ingh, A.J.M. Nuytinck (*red.*), Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.
2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (*red.*), Geschiedenis van de Faillissementswet, Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.
3. A.G. van Solinge, Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.
4. J. Beuving, Factoring, Zwolle 1996.
5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber (*red.*), Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.
6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz (*red.*), De curator, een octopus, Deventer 1996.
7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (*red.*), Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.
8. J.J. van Hees, Leasing, Deventer 1997.

9. G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.
10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (*red.*),
Overheid en onderneming, Deventer 1998.
11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg (*red.*),
Corporate Governance *in perspectief*, Deventer 1998.
12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne
financiële praktijk, Deventer 1998.
13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge,
H.L.E. Verhagen (*red.*),
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.
14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.
15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.
16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedrageregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.
17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester (*red.*),
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.
18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë, F.O.W. Vogelaar
(*red.*),
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide,
Deventer 2000.
19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.
20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.
21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp (*red.*),
Onderneming en ICT, Deventer 2000.

22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg (*red.*),
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.
23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer 2002.
24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber (*red.*),
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.
25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.
26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd,
Deventer 2003.
27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.
28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.
29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht, Deventer 2004.
30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.
31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.
32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.
33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.
34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2008 (*tweede druk*).

35. R.H. Maatman,
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.
36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.
37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.
38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.
39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red.*),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.
40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.
41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Fiduciaire verhoudingen «Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann»,
Deventer 2007.
42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht,
Deventer 2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel
43. A.J. Verdaas,
Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer 2008.
44. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt,
Ch.A.M. Domingus-Schwencke (*red.*),
De bewindvoerder, een octopus, Deventer 2008.
45. L.G. Verburg,
De Koers van de bestuurder, Deventer 2008.
46. M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge (*red.*),
Handboek Openbaar Bod, Deventer 2008.
47. J.W.P.M. van der Velden,
Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Deventer 2008.

48. H. Verschueren, M.S. Houwerzijl (*red.*),
Arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld,
Deventer 2009.
49. N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-
Schwencke, C. Rijckenberg (*red.*),
Knelpunten bij beslag en executie, Deventer 2009.
50. M.S. Houwerzijl, S.S.M. Peters (*red.*),
Exit. Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking,
Deventer 2009.
51. D. Busch, C.M. Grundmann-van de Krol (*red.*),
Hanboek Beleggingsondernemingen, Deventer 2009.
52. J.C.A. Houdijk,
Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domei-
nen, Deventer 2009.
53. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude (*derde druk*), Deventer 2009.
54. N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den
Boezem, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
De Kredietcrisis, Deventer 2010.
55. J.B. Spath,
Zaaksvervanging, Deventer 2010.
56. F.E.J. Beekhoven van den Boezem,
Credit Claims, Deventer 2010.
57. D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman,
M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2010.
58. N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus (*red.*),
Bancaire zekerheid, Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer
2010.
59. L.G. Verburg,
Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom, Deventer 2010.

60. A.D.W. Soedira,
Het akkoord, Deventer 2011.
61. D. Busch,
Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?,
Deventer 2011.
62. A.J. Tekstra,
Verrekening door de fiscus, Deventer 2011.
63. S.E. Bartels, A.J. Verdaas, R.J. van der Weijden (*red.*),
Effecten en vermogensrecht, Deventer 2011.
64. R.H. Maatman, R.M.M.J. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en pensioen, Deventer 2011.
65. J.W.A., Biemans,
Rechtsgevolgen van stille Cessie, Deventer 2011.
66. C.J.M. Klaassen, G. van Solinge, H.M. de Mol van Otterloo, P.E. Ernste
(*red.*),
Onderneming en ADR, Deventer 2011.
67. N. van Tiggele-van der Velde, R.G.L. Gerrits, P. Soeteman, J.H. Wansink
(*red.*),
"Verzekering ter beurze". Coassurantie in theorie en praktijk,
Deventer 2011.
68. B. Bierens, C.M. Grundmann-van de Krol, D.J.R. Lemstra en T.M. Stevens
(*red.*),
Handboek Beursgang, Deventer 2011.
69. P.J. van der Korst, R. Abma, G.T.M.J. Raaijmakers (*red.*),
Handboek onderneming en aandeelhouder, Deventer 2012.
70. M.H.E. Rongen,
Cessie, Deventer 2012.
71. V.P.G. de Serière,
Als de (stille?) noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke
verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector, Deventer
2012.

72. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (*red*),
Overeenkomsten en insolventie, Deventer 2012.
73. C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is,
Deventer 2012.
74. P.E. Ernste,
Bindend advies, Deventer 2012.
75. R.J. van der Weijden,
De faillissementspauliana, Deventer 2012.
76. D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen, G.V. Naber,
Onderneming en sanctierecht, Deventer 2013.
77. P.T.J. Wolters,
Alle omstandigheden van het geval, Deventer 2013.

